

# **Illojal rekruttering**

Kandidatnummer: 614

Leveringsfrist: 25.04.07

Til sammen 15330 ord

10.07.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Avgrensning av emne og målsetting for avhandlingen	1
1.2	Særlige rettskildespørsmål i forhold til mfl § 1	4
<b><u>2</u></b>	<b><u>GOD FORRETNINGSSKIKK- STANDARDEN SOM BEGRENSNING FOR REKRUTTERINGSHANDLINGER</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	Innledning	6
2.2	Generelt om markedsføringsloven § 1	6
2.2.1	Legislative hensyn bak god forretningsskikk- standarden	6
2.2.2	”God forretningsskikk”	7
2.2.3	”Næringsdrivende”	11
2.3	Grensene for rekrutteringshandlinger etter god forretningsskikk- standarden	12
2.3.1	Innledning	12
2.3.2	Utgangspunkt	14
2.3.3	Nærmere om grensene for rekrutteringshandlinger etter god forretningsskikk- standarden	16
2.3.4	Oppsummering	27
2.4	Konsekvenser av opptreden i strid med god forretningsskikk	28
<b><u>3</u></b>	<b><u>LOJALITETSPLIKTE I ARBEIDSFORHOLD SOM BEGRENSNING FOR REKRUTTERINGSHANDLINGER</u></b>	<b><u>31</u></b>
3.1	Innledning	31
3.2	Generelt om lojalitetsplikten i arbeidsforhold	31
3.2.1	Den ulovfestede lojalitetsplikt	31
3.2.2	Lojalitetspliktens forhold til god forretningsskikk- standarden	33

<b>3.3</b>	<b>Grensene for rekrutteringshandlinger i forhold til lojalitetsplikten i arbeidsforhold</b>	<b>35</b>
3.3.1	Innledning	35
3.3.2	Nærmere om grensene for rekrutteringshandlinger	36
3.3.3	Oppsummering	45
<b>3.4</b>	<b>Konsekvenser av opptreden i strid med lojalitetsplikten i arbeidsforhold</b>	<b>46</b>
<b>4</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>48</b>
<b>4.1</b>	<b>Bøker, artikler m. v</b>	<b>48</b>
<b>4.2</b>	<b>Lover</b>	<b>49</b>
<b>4.3</b>	<b>Forarbeider</b>	<b>49</b>
<b>4.4</b>	<b>Praksis</b>	<b>49</b>

## **1 Innledning**

### **1.1 Avgrensning av emne og målsetting for avhandlingen**

I et opphetet arbeidsmarked som vi har i Norge i dag, preget av lav arbeidsledighet og mangel på kvalifiserte personer i flere bransjer, vil bedrifters rekrutteringsbehov ofte måtte løses ved ansettelse av personell fra andre bedrifter. Tilsvarende vil i stor utstrekning også gjelde i et mindre stramt arbeidsmarked, siden det alltid vil være bransjer og kompetanseområder der det er mangel på personer med nøkkel- og spisskompetanse. Det faktum at det ofte er både tid- og ressurskrevende å bygge opp de ansattes kompetanse kan også motivere virksomheter til å rekruttere andre bedrifters ansatte som innehar den spisskompetansen virksomheten er ute etter. Kampen om arbeidskraft skjerpes gjerne i slike tilfeller. Dette kan igjen påvirke de rekrutteringsmetoder som benyttes.

Konkurransehandlinger i form av aktiv rekruttering kan imidlertid representere en urimelig handlemåte og et uheldig inngrep overfor den næringsdrivende som blir rammet.

Spørsmålet er om bedriftene har noen rettslig beskyttelse mot rekrutteringsfremstøt. Dette må blant annet avveies mot hensynet til at næringsdrivende må kunne skaffe seg nødvendig personell gjennom rekruttering. Videre må de ansatte langt på vei ha rett til å velge sin arbeidsplass, basert på de begrensninger ansettelsesavtalen setter. Ut fra samfunnsinteresser er det ikke ønskelig å sette begrensninger i forhold til de ansatte sin mulighet for å gå over til ny arbeidsgiver. Konkurranse om arbeidskraft vil blant annet medvirke til å gjøre arbeidsplassen mest mulig attraktiv, noe som igjen vil fremme lojalitet i arbeidsforhold og medvirke til at arbeidsgiver klarer å beholde sine ansatte. På den annen side kan det få negative konsekvenser for samfunnet dersom det blir for enkelt å rekruttere arbeidstakere fra andre bedrifter. Blant annet kan investering i kompetanseutvikling av eget personell raskt bli usikkert og lite attraktivt dersom man må medregne tvilsomme

rekrutteringsmetoder fra andre bedrifter. Å investere i kompetanseutvikling kan videre sette egen bedrift i fare dersom konkurrenter lett kan foreta rekruttering som gir tilgang til de ansatte og deres innsikt.

Hvor næringsdrivende i større eller mindre grad konkurrerer om de samme arbeidstakerne oppstår det følgelig spørsmål om det gjelder noen rettslige grenser for hvilke rekrutteringshandlinger som kan anses akseptable. Hvilke handlinger og virkemidler er tillatt i kampen for å rekruttere kvalifiserte arbeidstakere? Eller sagt med andre ord, hvilke begrensninger finnes for hva man lovlig kan tillate seg i forbindelse med rekruttering av nye medarbeidere?

Problemstillingen oppstår i de tilfeller næringsdrivende ønsker å skaffe seg kompetente arbeidstakere og disse allerede er ansatt i en annen virksomhet. Spørsmålet oppstår også hvor en ansatt i en bedrift selv planlegger å etablere eller ta ansettelse i en annen virksomhet, og i denne forbindelse forsøker å rekruttere sine arbeidskollegaer.

Rekrutteringshandlinger kan være regulert av så vel avtaler, skrevne lover samt av uskreven bakgrunnsrett. Avtaler inngått mellom rettssubjekter kan sette skranker for rekrutteringshandlinger. Typisk gjelder dette for ansettelsesavtaler som er inngått mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og som kan sette begrensninger for en arbeidstakers handlemåte. Tilsvarende vil blant annet gjelde en avtale mellom to bedrifter om å ikke rekruttere ansatte hos hverandre i en gitt periode. Avtaleregulerte rekrutteringsforbud og metoder vil ikke bli behandlet i avhandlingen. Slike avtaleklausuler reiser i all hovedsak spørsmål av avtalerettslig art som må løses med utgangspunkt i avtaleloven eller andre avtalerettslige regler og prinsipper. Det som ønskes belyst i avhandlingen er hvilke begrensninger som kan utledes fra skrevne og uskrevede regler i de tilfeller partene ikke har avtalt noe.

I utgangspunktet vil to ulike regelsett ha betydning ved fastleggelse av grensene for rekrutteringsfremstøt.<sup>1</sup> For det første vil det være et spørsmål om hvilke skranker som kan utledes av markedsføringsloven av 16. juni 1972 (mfl) § 1 1.ledd og forbudet mot å foreta ”handling som strider mot god forretningsskikk”. For det annet vil det være et spørsmål om rekrutteringsfremstøt fra en ansatt kan være i strid med den ulovfestede lojalitets- og troskapsplikt som gjelder mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. I hvilken grad disse to regelsett kan supplere og virke sammen vil også bli drøftet.

Nedenfor under punkt 2 vil grensene for næringsdrivendes rekrutteringshandlinger behandles. Drøftelsen tar utgangspunkt i mfl § 1 og ”god forretningsskikk”. Temaet begrenses til rekruttering av arbeidstakere som allerede er tilsatt hos en arbeidsgiver. Ansettelse av nylig utdannede personer eller personer uten fast arbeid reiser ikke de samme problemstillinger. Dette da rekrutteringen ikke vil gå direkte ut over noen arbeidsgiver. Videre vil det ofte være tale om rekrutteringshandlinger fra en konkurrerende virksomhet, idet særlig virksomhetens konkurrenter vil ha ansatte som innehar de kvalifikasjoner man søker. Situasjonen er imidlertid også ofte at man rekrutterer personer ansatt innenfor andre bransjer. Avhandlingen omfatter generelt enhver rekrutteringshandling foretatt av både konkurrenter og bedrifter som ikke står i konkurranseforhold. Om rekruttering skjer fra en konkurrent eller ikke kan imidlertid være relevant ved fastleggelse av grensene for hva som er akseptabel rekruttering.

Under punkt 3 drøftes nærmere hva en ansatt kan foreta under ansettelsesperioden med tanke på rekruttering av sine medarbeidere. Den alminnelige lojalitets- og troskapsplikt i arbeidsforhold vil her være bestemmende i forhold til grensene for rekrutteringsfremstøt. Lojalitetsprinsippet og dets innhold, samt forholdet til mfl § 1 vil bli redegjort for under punkt 3.2.

Formålet med avhandlingen er å analysere og kartlegge grensene for hva man lovlig kan tillate seg med tanke på rekruttering uten at det karakteriseres som illojalt eller stridende

---

<sup>1</sup> Jfr. Rt 1990 s. 607, tilsvarende Lunde, God forretningsskikk næringsdrivande imellom

mot god forretningsskikk. Både rekruttering foretatt av bedrifter, samt også rekruttering i regi av en bedrifts ansatte, tidligere ansatte eller med medvirkning fra slike vil bli drøftet.

## 1.2 Særlige rettskildespørsmål i forhold til mfl § 1

Anvendelsen av mfl § 1 reiser enkelte særlige metodespørsmål. Begrepet god forretningsskikk i bestemmelsen er et eksempel på en rettslig standard. Begrepet rettslig standard brukes med noe varierende meningsinnhold, men kjernen er at det er tale om en rettsregel som viser til en vurderingsnorm utenfor bestemmelsen selv. Hovedpoenget med denne type bestemmelser er at det åpner for den mulighet at en og samme lovbestemmelse kan tillegges ulikt innhold på ulik tid, avhengig av hva som er den alminnelige oppfatning av det aktuelle moralske eller sosiale spørsmålet<sup>2</sup>. I vårt tilfelle oppfatningen av hva som er god forretningsskikk i forhold til rekrutteringsfremstøt.

Utgangspunktet om at ordlyden i en lovtekst alltid vil være en viktig rettskildefaktor, gjør seg ikke like sterkt gjeldende når den rettslige normering er basert på en rettslig standard.<sup>3</sup> Selv om ordlyden fremkommer i lovteksten, vil det nærmere materielle innhold i stor grad måtte hentes utenfra. Hva som vil være i strid med god forretningsskikk vil blant annet være avhengig av den rådende samfunnsoppfatning. Bestemmelsens ordlyd gir videre ingen retningslinjer eller momenter som skal tas i betraktning ved vurderingen av om et tilfelle strider mot god forretningsskikk. I utgangspunktet vil man derfor legge til grunn at rettspraksis, annen praksis samt juridisk teori vil være sentrale rettskildefaktorer for fastleggingen av om et rekrutteringsfremstøt strider mot god forretningsskikk. Det finnes imidlertid kun i beskjeden grad juridisk teori som behandler problemstillingen. Videre er det sjelden at de ordinære domstoler prøver hvorvidt rekrutteringsfremstøt er i strid med god forretningsskikk- standarden. Dette gjelder særlig Høyesterett, men er også situasjonen i forhold til underrettspraksis. Dertil er det slik at den praksis som finnes ofte ikke omhandler rene rekrutteringstilfeller, men snarere tilfeller der rekrutteringsfremstøt

---

<sup>2</sup> Jfr. Gisle, Jusleksikon, definisjon "rettslig standard"

<sup>3</sup> Jfr. Sæbø, JV 1996 s 320.

vurderes sammen med andre typer kritikkverdige handlemåter som eksempelvis misbruk av teknologi og know-how.

Bakgrunnen for at så få saker om god forretningsskikk går for de ordinære domstoler kan blant annet være at bedrifter ikke ønsker å gå gjennom den omfattende og kostbare prosessen det kan være å gå til sak. Ofte vil det også være vanskelig å føre bevis for at det foreligger brudd på mfl § 1. Videre kan bedriftens gode navn og rykte komme til skade dersom saken blir offentlig kjent. Flere konflikter blir dermed løst ved forlik eller annen avtale.

Problemstillinger i forbindelse med god forretningsskikk mellom næringsdrivende har imidlertid gjentatte ganger vært oppe hos tvisteløsningsorganet Næringslivets konkurranseutvalg ( heretter ”NKU”). NKU er et organ som har til oppgave å avgi rådgivende uttalelser i alle saker som forelegges det i henhold til mfl og som gjelder tvister mellom næringsdrivende.<sup>4</sup> Sammensetningen av og kompetanseområdet til NKU, samt kvaliteten på organets uttalelser, gjør at NKU praksis vil være relevante argumenter også for de alminnelige domstoler. Hvilken vekt uttalelsene tillegges, vil imidlertid variere. Dersom det kan påvises en fast og langvarig praksis hvis innhold fremstår som velbegrunnet og riktig, vil NKU praksis trolig veie tungt. Da vi er på et rettskildedefattig område når det gjelder god forretningsskikk i forhold til rekrutteringshandlinger, vil NKU uttalelser rimeligvis kunne tillegges betydelig vekt. Videre reflekterer uttalelsene fra NKU rådende samfunnsoppfatninger og syn på hva slags rettslige normeringer som bør gjelde, og vil av denne grunn være veiledende for innholdet av god forretningsskikk- standarden.

Man har følgelig et forholdsvis begrenset rettskildemateriale i tradisjonell forstand å forholde seg til. I den grad de ovennevnte rettskildedefaktorer ikke gir veiledning må en falle tilbake på reelle og legislative hensyn som begrunner bestemmelsen. Hvilke hensyn som står mot hverandre vil bli drøftet under de enkelte problemstillinger nedenfor.

---

<sup>4</sup> Mer om NKU og responsapraksis generelt, se bla. [www.konkurranseutvalget.no](http://www.konkurranseutvalget.no), Lunde, s. 89 flg



## **2 God forretningsskikk- standarden som begrensning for rekrutteringshandlinger**

### **2.1 Innledning**

Problemstillingen som vil bli drøftet under dette punkt er hvilke begrensninger som gjelder for tredjemanns rekruttering av andre bedrifters ansatte. Som tidligere nevnt reguleres problemstillingen av mfl § 1 om god forretningsskikk. Det vil være naturlig å først klarlegge den generelle forståelse av bestemmelsens innhold og anvendelsesområde, og dette gjøres under punkt 2.2. Den generelle forståelsen av regelen vil i stor grad styre rettsanvendelsen i forhold til rekrutteringssituasjoner. Det er derfor nødvendig å gå noe i dybden når det gjelder forståelsen av mfl § 1.

### **2.2 Generelt om markedsføringsloven § 1**

#### **2.2.1 Legislative hensyn bak god forretningsskikk- standarden**

Flere av de lover og internasjonale forpliktelser vi har i dag tar sikte på å sikre fri konkurranse. Fri konkurranse anses som et gode idet det fremmer effektiv bruk av samfunnets ressurser. I et deregulert samfunn må det imidlertid innføres spilleregler for at formålet med dereguleringen skal kunne gjennomføres. Dersom det ikke eksisterer rettslige normer som motvekt mot den frie konkurransen, vil det lett kunne medføre kaotiske tilstander i næringslivet.<sup>5</sup> Har man ikke visse spilleregler å følge, vil det bli den sterkeste rett og monopolliknende situasjoner vil kunne inntre. I næringslivet som på idrettsbanen er det konkurransens idé at den beste skal vinne, men alle må iakttas ”spilletts regler” og ikke sikre seg forsprang ved å anvende midler som strider mot god sportsånd.<sup>6</sup> Problemet er å finne balansen mellom hensynet til handlefriheten og effektiv konkurranse, og på den andre siden behovet for grenser mot misbruk av konkurransefriheten.

---

<sup>5</sup> Jfr. Bernitz, Otillbörlig konkurrens, s. 101

<sup>6</sup> Jfr. Knoph, Åndsretten, s. 517

Bestemmelsen om god forretningsskikk kan anses som et sett med spilleregler som må overholdes av de næringsdrivende. Prinsippet skal først og fremst bidra til å sikre sunn konkurranse og anvendelse av akseptable metoder innen næringslivet.<sup>7</sup> Ved å sette opp en generell norm om god forretningsskikk vil man kunne ramme de handlinger som representerer et misbruk av konkurransefriheten. Temaet i denne avhandlingen er avgrenset til illojal opptreden i forbindelse med rekrutteringshandling. Det er klart at god forretningsskikk- standarden også kommer til anvendelse og vil sette grenser for slike handlinger.

God forretningsskikk- standarden har ikke som primært formål å fremme handlefrihet og effektiv konkurranse. Hensynet til fri konkurranse må fremfor alt sikres gjennom reglene i Konkurranseloven av 5. mars 2004, samt konkurransereglene i EØS-avtalen. På den andre siden vil hensynet til fri konkurranse også være av betydning i forhold til mfl § 1. Siden samfunnsordningen er basert på markedøkonomi og fri konkurranse må man ta utgangspunkt i at det er et viktig hensyn i seg selv å sikre eksistensen av den frie konkurransen, herunder frihet i forhold til å foreta rekruttering. Dersom inngrepterskelen etter god forretningsskikk- standarden blir for lav, vil man stå i fare for å gripe for hardt inn i handlefriheten. Hensynet til at handlefriheten ikke blir for sterkt innskrenket, vil av denne grunn være et relevant hensyn ved vurderingen av om et rekrutteringsfremstøt kan rammes av god forretningsskikk- standarden.

### 2.2.2 "God forretningsskikk"

Historisk sett har god forretningsskikknormen forankring i et ideal som stikkordsmessig har vært omtalt som forbud mot illojal konkurranse. Prinsippet har stor tilslutning internasjonalt og kom til uttrykk alt i Pariskonvensjonen i 1883.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 57 (1971-72) s. 8

<sup>8</sup> Jfr. Lunde, s. 59

Konkurranseloven av 1922 som gjaldt inntil markedsføringsloven ble innført, forbød uten nærmere spesifikasjoner eller beskrivelser, konkurransehandling ”som etter god forretningsskikk er utilbørlige”. Ifølge motivene til konkurranseloven ville spørsmålet om en handling etter god forretningsskikk var utilbørlig

”bli at bedømme efter den almindelige raadende opfatning blant hæderlige og rett-tænkende næringsdrivende i vedkommende forretningsgren. Maalestokken kan selvfølgelig ikke lægges efter de mest ideelle krav. Det er ikke en gradering efter de fineste fornemmelser det gjærlder, men den alminnelige redelige opfatning; den som i konkurranseøiemed foretar en handling, som efter en saadan opfatning maa dømmes som utilbørlig, forgaas sig mot generalklausulen”.<sup>9</sup>

Forarbeidene til mfl henviser i stor grad til konkurranselovens motiver, og har selv få uttalelser som retter seg mot bestemmelsens generelle forståelse. Det må derfor antas at den tidligere lovs motiver fremdeles vil være av betydning i forhold til forståelsen av mfl § 1 og god forretningsskikk- standarden. Også Knoph uttaler at ” den standard for konkurransen som Kon. søker å håndheve, må selvsagt ha et grunnlag i forretningslivet selv. De næringsdrivende vet jo best hvor skoen trykker, og hvilke krav som lar sig gjennomføre”.<sup>10</sup>

Tilsvarende må også gjelde i dag, slik at grunnlaget for vurderingen blir å finne hos den jevne, fornuftige næringsdrivende. De siterte uttalelsene kan imidlertid ikke tas helt på ordet. Domstolen kan ikke se bort fra sin egen oppfatning og isolert kun vise til bransjepraksis, men må etter eget skjønn vurdere hvilken forretningsskikk som kan anerkjennes av rettsordenen som ”god”.<sup>11</sup> Dersom en bransje preges av tvilsomme eller uakseptable forretningsmetoder men disse er akseptert av de fleste i bransjen, må det likevel antas at en domstol vil komme til at opptreden er i strid med god forretningsskikk.

---

<sup>9</sup> Jfr. Innst. 1919 s 24

<sup>10</sup> Jfr. Knoph, Åndsretten s. 528

<sup>11</sup> Jfr. Innst. 1919 s. 30

I motsetning til den tidligere konkurranselov er ikke god forretningsskikk -normen i markedsføringsloven knyttet til noe utilbørlichetskriterium. Endringen ble foretatt av administrasjonskomiteen i Stortinget uten noen nærmere kommentarer.<sup>12</sup> Av denne grunn reiser det seg spørsmål om det i relasjon til god forretningsskikk -normen må innfortolkes et utilbørilig-kriterium i samsvar med den tidligere lovs ordlyd, eller om man har fått en skjerpelse av bestemmelsen.

Utilbørilig-kriteriet legger terskelen for rettsstridige handlinger relativt høyt. I forarbeidene til 1922-loven sies det at ”i ordet ”utilbørilig” ligger at en handling må representere et tydelig og vesentlig brudd på god forretningsskikk for at forholdet skal være rettsstridig”.<sup>13</sup> Komiteen viser også til Knoph som i Åndsretten uttrykker at

”det ikke er ethvert brudd på god forretningsskikk som rammes av generalklausulen, men bare hvis det er utilbørilig. Det er en nokså massiv fordømmelse som ligger i dette ordet”.

Ut fra alminnelig språkbruk, vil det forhold at utilbørlichetsvilkåret er fjernet fra bestemmelsen innebære en viss skjerpelse av normen. At en handling for eksempel er urimelig, som er det begrepet andre bestemmelser i mfl benytter, tyder på en mindre skarp fordømmelse enn det man forbinder med ”utilbørilig”. Legges denne tolkning til grunn, vil flere handlinger kunne rammes av en bestemmelse som benytter begrepet ”urimelig”. På den annen siden taler spesielt hensynet til konkurransefrihet og handlefrihet, herunder frihet til å foreta rekrutteringer, for minst mulig hindringer for de næringsdrivende. Videre er det særlig i forhold til forbrukere at lovgiver har ønsket en skjerpelse av loven. Om man har ønsket en generell skjerpelse er mer usikkert. Det kan i denne sammenheng vises til Rt 1982 s. 1062 vedrørende mfl § 3 som benytter begrepet ”urimelig”. Førstvoterende uttalte i saken:

---

<sup>12</sup> Jfr. Innst. O. XIX (1971-72) s. 3

<sup>13</sup> Jfr. Innst 1919 s. 30

”Jeg finner grunn til først å presisere at mellom lovens vilkår ”urimelig” og vilkåret ”utilbørlig” som proposisjonen brukte, er det bare spørsmål om gradsforskjell. Også urimelig innebærer en negativ karakteristikk. Jeg viser til at urimelig-vilkåret i annen lovgivning som det i denne forbindelse kan være naturlig å se hen til, således prisloven § 18, i praksis er tolket ganske strengt. En pris må klart overstige den rimelige pris før man vil bruke karakteristikken urimelig. Jeg kan også vise til statsrådets uttalelse i Odelstinget om at det ikke ville ha så stor betydning om det ene eller annet av uttrykkene ble brukt”.

Høyesterett har i nyere praksis avgrenset seg til å ta utgangspunkt i at god forretningsskikk standarden viser til en lojalitetsvurdering. Senest i Rt 1998 s. 1315 uttalte flertallet at god forretningsskikk- standarden verner om lojaliteten i næringslivet og henviser til en alminnelig lojalitetsvurdering. Uttalelsen gir liten konkret veiledning for fastleggelse av rettsregelen. Spørsmålet er hva som ligger i begrepet ”alminnelig lojalitetsvurdering”, og om man med dette kun har byttet ut en vag rettslig standard med en annen rettslig standard.

Vurderingen av rekrutteringshandlingen vil bli den samme uavhengig av om man knytter god forretningsskikk- standarden opp mot et lojalitets-, utilbørlig- eller urimelighetskriterium. Man vil uansett måtte bygge på en interesseavveining der en ser på de motstående interesser. Den konkrete vurdering må ta utgangspunkt i at vilkåret skal bidra til å sikre sunn konkurranse og anvendelse av akseptable metoder innen næringslivet. Bestemmelsen bør ikke praktiseres så strengt at den virker hemmende på konkurransen, herunder konkurranse om arbeidskraft. Men ikke alle konkurransemetoder er ønskelige ut fra et konkurransepolitisk synspunkt. Det er fremfor alt konkurranse i pris og kvalitet man ønsker å fremme, ikke konkurranse som forsøker å hindre eller vanskeliggjøre andres næringsvirksomhet.

### 2.2.3 "Næringsdrivende"

Konkurranselovkomiteen som forberedte markedsføringsloven uttalte i sin innstilling at man med næringsvirksomhet må forstå "en virksomhet som drives vedvarende".<sup>14</sup> Det er naturlig å forstå dette som et krav om økonomiske aktivitet som foregår over et visst tidsrom. Tilsvarende gjelder i skatteretten hvor det blant annet stilles vilkår om varighet og omfang for å anse en inntektsgivende aktivitet som næringsvirksomhet.<sup>15</sup> Økonomisk vinning behøver imidlertid ikke å være formålet med virksomhetens aktivitet, jfr. mfl § 19 hvor det står at "en næringsvirksomhet går inn under loven selv om den enhet (bedrift, institusjon, anstalt, innretning eller annet) som driver virksomheten, ikke tar sikte på fortjeneste". Følgelig kan foreninger og ideelle organisasjoner være å anse som næringsvirksomhet. Bestemmelsen sier imidlertid ikke mer enn at loven *kan* omfatte næringsvirksomhet som ikke tar sikte på fortjeneste. Hvor grensene går vil være opp til rettspraksis å kartlegge.

Problemstillingen har imidlertid liten betydning i forhold til spørsmål om illojal rekruttering fra tredjemann. Tvilsomme rekrutteringsmetoder benyttes gjerne hvor en bedrift søker nøkkelpersoner eller andre personer som innehar spesialkompetanse på det aktuelle området. I slike tilfeller vil det som hovedregel være tale om rekruttering fra virksomheter som klart er å anse som "næringsdrivende". Av denne grunn har spørsmålet aldri vært problematisert i de saker om illojal rekruttering som har vært oppe for retten.

Mfl § 1 gjelder videre handlinger som er i strid med god forretningsskikk næringsdrivende *imellom*. Bestemmelsen får anvendelse på handlinger næringsdrivende foretar i sin næringsdrift som kan berøre andre næringsdrivendes interesser.<sup>16</sup> Følgelig får bestemmelsen ikke anvendelse i arbeidsrettslige og avtalerettslige forhold mellom en næringsdrivende og dennes ansatte. Dersom en ansatt planlegger å starte konkurrerende virksomhet vil imidlertid mfl § 1 kunne komme til anvendelse, og også virke sammen med

---

<sup>14</sup> Jfr. Innst. 1966 s. 20

<sup>15</sup> Jfr. Lignings-ABC 2006 pkt. 3.1 s. 757

<sup>16</sup> Jfr. Løchen/Grimstad, Markedsføringsloven s. 39

prinsippet om lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Høyesterett la dette til grunn i dommen inntatt i Rt 1990 s. 607 hvor førstvoterende uttalte:

”Slik jeg ser det, må markedsføringsloven § 1 kunne anvendes på arbeidstakere som tar sikte på å slutte i en bedrift for å begynne egen virksomhet, når de som her, i ansettelsestiden etablerer næringsvirksomhet som foretar konkurransehandling. Lojalitetsprinsippet i den nevnte lovbestemmelse vil imidlertid for forhold i ansettelsestiden, sjelden få selvstendig betydning, idet arbeidstakerens handlefrihet i denne tid vil være sterkt begrenset av hans lojalitets- og troskapsplikt overfor arbeidsgiveren.”

I disse tilfeller vil altså en ansatt kunne få plikter og ansvar for handlinger som næringsdrivende parallelt med at han står i et ansettelsesforhold til virksomheten. Både den nyetablerte virksomhet og den ansatte personlig kan da holdes ansvarlig for eventuelle illojale handlinger.<sup>17</sup> I de tilfeller det er erstatning som kreves, vil arbeidsgiver som regel rette krav mot både den ansatte og hans firma slik at disse holdes solidarisk ansvarlig for det eventuelle erstatningsbeløp. Som i Rt. 1990 s. 607 må retten i den aktuelle sak vurdere om den ansatte har opptrådt i strid med det ulovfestede lojalitetsprinsipp, samt om det nyetablerte firma har opptrådt i strid med god forretningsskikk ved å ha utnyttet en konkurransefordel som skyldes illojal opptreden.

## 2.3 Grensene for rekrutteringshandling etter god forretningsskikk- standarden

### 2.3.1 Innledning

Næringslivet har i stadig større grad utviklet seg i retning av å være kunnskapsvirksomheter, der egenskapene til arbeidstakerne har blitt en stadig viktigere konkurransefaktor.<sup>18</sup> I mange virksomheter vil verdiene bestå av det som kan kalles intellektuell kapital. Man kan si det slik at personellressurser og kompetanse er av vesentlig betydning for virksomheten. Da de mest kompetente arbeidstakerne i markedet som regel

---

<sup>17</sup> Mer om identifikasjon mellom ansatt og virksomhet under punkt 2.4 samt 3.4

<sup>18</sup> Jfr. Lunde s. 444

vil være underlagt et ansettelsesforhold, vil aktiv rekruttering fra utenforstående representere et i utgangspunktet lovlig inngrep i forhold til det etablerte kontraktsforhold mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren. De ansatte er knyttet til virksomheten ved en ansettelsesavtale som er fritt oppsigelig slik at de rettmessig kan si opp og ta arbeid i en annen virksomhet.<sup>19</sup>

Tap av eksempelvis nøkkelpersoner vil imidlertid kunne medføre flere negative virkninger for en arbeidsgiver. Ofte vil virksomheten ha brukt betydelige økonomiske og andre ressurser på opplæring og videreutvikling av sine ansatte. Tap av arbeidstakere medfører at virksomheten går glipp av den kompetanse vedkommende arbeider representerer. Videre vil tap av nøkkelpersoner på sikt kunne skade virksomheten ved at de ansatte bruker sin kunnskap hos en konkurrerende bedrift og styrker dennes kompetanse og evne til å konkurrere. Særlig gjelder dette i forhold til spesifikk kompetanse, det vil si den kompetanse de ansatte får gjennom firmaets virksomhet og ikke den generelle kompetanse man innehar som følge av utdanning og annet arbeid. Av denne grunn vil arbeidsgiver være interessert i å videreføre samt verne om ansettelsesforholdene.

Dersom flere ansatte sier opp mer eller mindre samtidig vil de negative virkninger for en virksomhet kunne bli desto større. I dag har det blitt mer og mer vanlig å foreta det som en i USA omtaler som "lift out". Ved en "lift out" rekrutteres eksempelvis en hel avdeling fra en konkurrent. Man rekrutterer da en gruppe ansatte som arbeider bra sammen og som hurtig kan tilpasse seg det nye miljøet og levere resultater. Videre vil virksomheten ved slik masserekuttering raskt kunne oppnå kompetanse på det aktuelle virksomhetsområdet uten å måtte gjennomføre tidkrevende og kostbar opplæring eller alternativt kostbare oppkjøp. Ved slike direkte rekrutteringsfremstøt mot hele avdelinger vil den rammede virksomheten kunne bli hardt skadelidende. Virksomheten vil kunne ha vansker med å skaffe nye

---

<sup>19</sup> Forutsatt at det ikke foreligger noen avtalte klausuler som begrenser handlefriheten for arbeidstaker, jfr. eksempelvis såkalte karensklausuler som kan hindre den ansatte i å tiltre hos en konkurrent



kvalifiserte medarbeidere, og konkurransesituasjonen i markedet vil videre kunne endres ved slike fremgangsmåter.

En virksomhet kan altså bli hardt rammet på grunn av tredjemanns rekrutteringsfremstøt. Rekrutteringsaspektet reiser spørsmål om god forretningsskikk- standarden representerer noen grense for hvordan en kan gjennomføre rekruttering av nye arbeidstakere.

### 2.3.2 Utgangspunkt

Utgangspunktet er at ansatte fritt kan si opp sin stilling og ta ansettelse hos andre bedrifter og konkurrenter av tidligere arbeidsgiver. Dette gjelder uavhengig av om det er den ansatte eller virksomheten som tar initiativ til ansettelsen. Av dette følger at arbeidsgivere ikke trenger å pålegge seg selv begrensninger i forhold til å rekruttere personer ansatt i en annen bedrift. Bestemmelsen om god forretningsskikk har ikke til formål å begrense arbeidskraftens frie bevegelighet. Det klare utgangspunkt er derfor at konkurranse om arbeidskraft er tillatt. Dette harmonerer også med prinsippene i konkurranseloven, som har til formål å fremme konkurranse for slik å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Om rekruttering av arbeidstakere i en bedrift er i strid med bestemmelsen om god forretningsskikk, må avgjøres på grunnlag av en interesseavveining. Hensynet til konkurransefrihet vil stå mot hensynet til arbeidsgivers interesse i eller forventning om at arbeidsforholdet fortsetter som før.<sup>20</sup> Fra arbeidsgivers ståsted vil den alternative utviklingen uten tredjemanns rekrutteringsfremstøt i mange tilfeller være at arbeidsforholdet fortsetter som før. Hensynet til konkurransefrihet veier imidlertid tungt, og tredjemann må ha relativt stor handlefrihet i forhold til det å rekruttere arbeidstakere fra andre bedrifter. God forretningsskikk- standarden vil som hovedregel ikke representere noen skranke med hensyn til rekrutteringsfremstøt som medfører at etablerte arbeidskontrakter blir sagt opp. Det er blant annet på det rene at "headhunting" er en akseptert og mye anvendt metode for rekruttering, særlig i forhold til rekruttering av

---

<sup>20</sup> Jfr. Lunde s. 447

nøkkelpersoner. Det vil ikke regnes som illojalt om tredjemann kommer med et rent jobbtilbud til andre bedrifters ansatte, og det selv om tilbudet er gunstigere enn den ansattes eksisterende avtale. Videre vil virkemidler som sign-on fee, løfter om opsjoner eller eierandel i selskapet ikke stride mot god forretningsskikk.

Et illustrerende eksempel i dette tilfelle er beskrevet i NKU sak nr. 11/1970.

Problemstillingen i saken var om det forelå brudd på god forretningsskikk- standarden på grunn av påstått systematisk kapring av en bedrifts personale gjennom i alt seks enkeltepisoder. I løpet av en seksmåneders periode sa tre ansatte hos Teknisk Presse opp sine stillinger og tok ansettelse hos Ingeniørforlaget. Videre hadde det vært en viss kontakt fra Ingeniørforlaget med tre andre ansatte, men disse forlot ikke sine stillinger hos Teknisk Presse. Det ble anført fra Ingeniørforlagets side at episodene var resultat av tilfeldigheter man måtte regne med inntraff med visse mellomrom, da det tekniske fagpressemiljøet i landet var lite.

NKU presiserte utgangspunktet om at arbeidskraft er fritt bevegelig, og fremhevet videre at ”det i praksis er akseptert at man må kunne rette henvendelse om ansettelse til en person i uoppsagt stilling hvis denne personen har spesielle kvalifikasjoner som man søker etter”. Rekruttering av en bedrifts ansatte vil altså ikke i seg selv være i strid med god forretningsskikk. Det ble videre utalt at episodene i vesentlig grad skyldtes tilfeldigheter grunnet et begrenset fagpressemiljø. NKU fant dermed ikke grunnlag for å kritisere Ingeniørforlaget og det forelå følgelig ikke opptreden i strid med god forretningsskikk.

Det finnes imidlertid grenser for hva man lovlig kan foreta seg. Det er rimelig å gi arbeidsgivere vern mot rekrutteringsfremstøt som skjer på illojal eller utilbørlig måte, og det er derfor lagt til grunn i rettspraksis og juridisk teori at prinsippet om god forretningsskikk i mfl § 1 kan medføre begrensinger i en virksomhets adgang til å rekruttere fra andre.

### 2.3.3 Nærmere om grensene for rekrutteringshandlinger etter god forretningsskikk- standarden

Som tidligere nevnt vil grensene for god forretningsskikk være overtrådt ved illojal eller utilbørlig opptreden. Spørsmålet blir hva som skal til før man karakteriserer rekrutteringshandlinger som illojale og dermed stridende mot god forretningsskikk.

Som nevnt er praksis på dette området sparsom. Særlig gjelder dette avgjørelser som konstaterer brudd på god forretningsskikk. Dette til tross for at fenomenet skjer svært ofte. Mange bedrifter har vært utsatt for rekrutteringsfremstøt fra konkurrenter og andre virksomheter som har fremstått som mer eller mindre kritikkverdig eller illojal. En mulig årsak til manglende praksis er at partene forhandler seg frem til forlik i stedet for å ta saken til retten. Å gi eksempler og analyse av forlik anses imidlertid lite tjenelig, da forlik i seg selv ikke nødvendigvis innebærer noen erkjennelse av illojal opptreden. Videre gir forlik sjelden et godt uttrykk for faktum i saken.

I flere av de saker som har vært oppe for domstolene og andre tvisteløsningsorgan har det imidlertid vært gitt eksempler på forhold som *kan* være i strid med god forretningsskikk-standard. Det er disse eksempler som blant annet vil drøftes i det følgende for å kartlegge hvilke typer momenter som er relevante ved vurderingen av om det foreligger rekrutteringsfremstøt som strider mot mfl § 1.

NKU uttalte i ovennevnte sak fra 1970 at dersom henvendelser til ansatte skal anses stridende mot god forretningsskikk må det komme noe annet inn i bildet enn selve rekrutteringen. Som eksempel nevnes blant annet at det kan rammes som utilbørlig konkurranse ”hvis den spesielt kyndige person nettopp er ferdig utdannet på arbeidsgiverens bekostning...” Dersom tredjemann rekrutterer ansatte i en slik situasjon vil det foreligge en utnyttelse av den annen bedrifts innsats. Tredjemann vil kunne sikre seg nye medarbeidere uten å måtte bruke tid og ressurser på opplæring og utdanning. Uttalelsen fra NKU er ikke nærmere kommentert og synes ikke uten videre treffende. Investering i en arbeidstakers utdanning bør ikke i seg selv medføre at virksomheter ikke

kan søke å rekruttere slike arbeidstakere. Det vil etter min mening medføre en urimelig begrensning i konkurransefriheten å konstatere brudd på mfl § 1 i slike tilfeller. Hensynet til handlefrihet taler derfor for at man ikke er avskåret fra å rekruttere personer nylig opplært på arbeidsgivers bekostning. Dersom en arbeidsgiver har finansiert den ansattes utdanning bør han sikre det videre arbeidsforholdet ved klausuler i arbeidsavtalen. Man kan i arbeidsavtalen ta inn bestemmelser vedrørende pliktår og eventuelt restitusjon av kostnader til utdanning og opplæring dersom den ansatte skulle gå over til ny arbeidsgiver innen en gitt periode. På denne måten vil man til en viss grad kunne sikre seg mot rekruttering. Dersom rekruttering mot formodning skulle finne sted, vil det foreligge et brudd på arbeidsavtalen fra den ansattes side. Konsekvensen av slikt avtalebrudd vil som regel være regulert i selve arbeidsavtalen, men i mangel av sådan regulering vil den aktuelle sanksjon være erstatning.

I NAD<sup>21</sup> 1986 s.189 som er en dom fra Asker og Bærum tingrett av dato 11. april 1984 ble det uttalt at det ”ikke strider mot god forretningsskikk de næringsdrivende imellom å skaffe seg kvalifisert faglig personell, ved å ”kjøpe opp” konkurrentens ansatte, når det ikke skjer på en slik måte at man *så å si systematisk overtar konkurrentenes folk etter hvert som de blir opplært*”. (min uth.)

Saken gjaldt et selskap som ansatte en nøkkelperson fra en konkurrerende virksomhet, og dermed skaffet seg innsikt på et aktuelt område som det ellers hadde tatt lengre tid å skaffe seg. Spørsmålet var blant annet om denne rekrutteringen var i strid med bestemmelsen om god forretningsskikk. Retten kom til at det ikke forelå brudd på mfl § 1. Det ble uttalt at man særlig i en konkurransepreget bransje i sterk utvikling må finne seg i slik form for konkurranse.

Utgangspunktet om at rekrutteringsfremstøt ikke i seg selv strider mot god forretningsskikk ble således holdt fast av retten. Videre fremgår det at rekruttering av personer nylig utdannet på arbeidsgivers bekostning i utgangspunktet er tillatt. Dette i motsetning til

---

<sup>21</sup> Norsk arbeidsrettslig domssamling

uttalelsen fra NKU. Betalt utdanning bør således ikke være et avgjørende moment i forhold til vurderingen av illojal rekruttering. Retten gjorde imidlertid reservasjon for de tilfeller en bedrift systematisk rekrutterer arbeidere etter hvert som disse er ferdig opplært. Slike handlinger ville etter rettens mening lettere finnes stridende mot god forretningsskikk. Men hva som ligger i begrepene ”systematisk” og ”opplæring” er ikke nærmere forklart eller avklart i dommen. Språklig sett synes det å innebære at man systematisk forsøker å rekruttere samtlige eller et større antall ansatte som er under opplæring straks de er ferdige med opplæringen.

Å føre bevis for at det har funnet sted en slik systematisk rekruttering kan imidlertid være vanskelig. Videre kan det stilles spørsmål om dette er et forhold som bør rammes av god forretningsskikk- standarden i mfl § 1. Som nevnt kan arbeidsgiver sikre det videre ansettelsesforholdet ved å ta inn bestemte klausuler i arbeidsavtalen, og slike bør benyttes i de tilfeller man betaler for ansattes utdanning eller særlig opplæring. I de tilfeller det er tale om generell opplæring alle ansatte må gjennom ved ansettelse og oppstart i et nytt firma, vil slike klausuler være mindre aktuelle. Det er urimelig å begrense en arbeidstakers handlefrihet på denne måten, og en slik klausul vil nok ikke stå seg som gyldig. Men også generell opplæring kan være ressurskrevende og gi den ansatte innsikt i mange av bedriftens hemmeligheter. For at rekruttering skal kunne anses illojal bør det etter min oppfatning være tale om kompetansehevende opplæring som er særlig kostbar eller ressurskrevende. Rekruttering av nylig ansatte personer som kun har gjennomgått en generell innføring og opplæring vil ikke være i strid med mfl § 1. Dette selv om arbeidsgiver har brukt mye ressurser på opplæringen. Det vil være urimelig å innskrenke næringsdrivendes handlefrihet på dette punkt. Skal rekruttering av nylig opplærte personer anses utilbørlig, bør rekrutteringsfremstøtet fremstå som en klar og systematisk ansettelsesprosess som vil sikre den næringsdrivende kvalifiserte arbeidstakere mer eller mindre kostnadsfritt. Grensen for god forretningsskikk i slike saker vil i stor utstrekning bero på et skjønn hvor de nevnte forhold vil være relevante momenter som må tas med i helhetsvurderingen.

Man kan videre stille spørsmål ved om antallet som rekrutteres har betydning for hvor grensen går for illojal rekruttering. Om utgangspunktet om fri konkurranse om arbeidskraft også gjelder hvor rekrutteringen omfatter flere ansatte i en bestemt bedrift, kan være mer usikkert. Å forsøke å komme frem til en generell grense for når overtredelse av lojalitetsplikten foreligger, ut fra antallet man rekrutterer, vil være vanskelig og også rettslig sett lite tjenelig. Rekruttering av tre ansatte i en bedrift med totalt seks ansatte vil som regel få andre og mer alvorlige konsekvenser enn om en rekrutterer tre av hundre ansatte. Man må i slike tilfeller foreta en helhetsvurdering hvor en rekke momenter i tillegg til antallet rekrutterte kan komme inn. Om rekrutteringen omfatter alle ansatte innen en bestemt avdeling eller om den er spredt på flere ulike områder vil blant annet være et moment som må tas i betraktning. Man kan her trekke linjer til NAD 1986 s. 189 i den forstand at systematisk utnyttelse av en bedrifts ressurser generelt vil kunne være et skjerpande moment i retning av brudd på god forretningsskikk. Hvor rekrutteringen er rettet mot hele avdelinger eller et større antall personer som arbeider innen et begrenset fagområde, kan det lettere påvises systematisk utnyttelse av det opplegg vedkommende bedrift har.

Videre vil arbeidsmarkedssituasjonen og tidspunktet rekrutteringen blir foretatt på være av betydning. Tidspunktet for rekrutteringen vil ha særlig betydning hvor den foretas i en tid hvor det for eksempel er stor indre uro i den utsatte bedrift. I slike tilfeller vil de ansatte lettere kunne tenkes å takke ja til et jobbtillbud. På denne måten utnyttes det forhold at en bedrift har problemer og i en periode er særlig sårbar i forhold til det å miste ansatte til konkurrenter. En direkte utnyttelse av en bedrifts svake posisjon kan lettere være kritikkverdig, og sammen med andre forhold ved rekrutteringen oppfattes som illojal. Som i NKU sak nr. 11/1970, vil det videre kunne være av betydning om man står overfor et begrenset eller omfattende fagmiljø. Hvor det er tale om et svært avgrenset fagmiljø vil rekruttering nødvendigvis lettere føre til at konkurrentens arbeidstakere kommer i fokus når man har behov for flere ansatte. Uansett må de nevnte momenter holdes opp mot utgangspunktet om at konkurranse om arbeidskraft er tillatt og også ønskelig. Antallet rekrutteringen er rettet mot vil være et relevant moment ved vurderingen, men det må

foreligge flere kritikkverdige forhold ved rekrutteringshandlingen for at denne skal anses illojal.

Hovedmomentet vil i alle tilfeller være måten rekrutteringen blir foretatt på og om denne representerer et så grovt overtramp at rekrutteringen må karakteriseres som stridende mot god forretningsskikk. Det er eksempelvis fullt ut tillatt å utlyse stillingsannonser hvor man søker etter kompetente personer i forbindelse med opprettelse av en helt ny avdeling. Dersom samtlige ansatte i en konkurrerende bedrifts avdeling sender inn søknad, vil virksomhetens ansettelse av disse til stillingene selvsagt ikke være i strid med god forretningsskikk. Som tidligere nevnt betrakter samfunnet bevegelighet av arbeidskraft som et gode, og det foreligger i utgangspunktet ingen begrensninger i forhold til arbeidstakers adgang til å ta stilling hos nytt firma utover det som måtte følge av den enkeltes arbeidsavtale når det gjelder oppsigelsestid og eventuelle konkurranseklausuler. Det er klart at en bedrift kan bli hardt rammet ved en slik masseoppsigelse. Man kan imidlertid ikke benytte reglene om god forretningsskikk i slike tilfeller som en skranke mot næringsdrivende og ansattes handlefrihet. Bestemmelsen har ikke til formål å beskytte en bedrift mot rekruttering generelt. Det er kun det utilbørlige eller illojale rekrutteringsfremstøt som rammes.

For at brudd på god forretningsskikk- standarden skal foreligge må det følgelig komme noe mer graverende inn i bildet. Rekruttering av et større antall personer vil ikke i seg selv være avgjørende. På den annen side vil masserekruttering gjerne skje i forbindelse med utnyttelse av en bedrifts know-how, og i NKU sak nr 11/1970 nevnes ansettelsestilbud som ledd i en systematisk utnyttelse av en konkurrents know-how som et eksempel på handling som kan rammes av god forretningsskikk- standarden. Med know-how sikter man vanligvis til kunnskap og erfaring som er spesiell for den aktuelle bedrift. Slik kunnskap behøver ikke være hemmelig, men vil som oftest være det. Hemmelig know-how er i stor utstrekning å anse som bedriftshemmelighet i markedsføringslovens forstand, og nyter da vern etter lovens § 7 og § 8. Utnyttelse av slik kunnskap vil eventuelt også være straffbart etter straffeloven § 294 1. ledd nr 2. Men begrepet dekker imidlertid et videre område enn

det som karakteriseres som bedriftshemmeligheter. I Rt 1964 s. 238 uttales følgende om begrepet:

”Med ”know how” forstås vanligvis den samling av tekniske detaljer, kunnskaper og erfaringer som samlet kan være avgjørende for en bedrifts konkurranseevne, men som hver for seg kan synes ubetydelige. Begrepet dekker således hovedsakelig området mellom bedriftshemmeligheter og almen teknisk viten. Det kan også overlappe disse områdene og særlig da det siste. Inneholder ”know how” en bedriftshemmelighet må den behandles som sådan, men ellers ikke. - Selv om ”know how” ikke omfatter en bedriftshemmelighet vil den sum av viten og erfaring som den representerer og som ofte ligger bak en sammensetning, metode eller prosess som regel være så verdifull for en bedrift at den naturlig vil forsøke å bevare disse opplysningene for seg selv”.

Det fremgår av uttalelsen at en bedrifts know-how er viktig og at bedriftene ønsker å beskytte denne. Noe av grunntanken i rettsreglene om vernet av know-how og bedriftshemmeligheter er at man ikke skal kunne høste der andre har sådd. Ved vurderingen av om en handling er i strid med god forretningsskikk, vil det ha betydning om en virksomhet vederlagsfritt får tilegnet seg fruktene av en annens arbeid. Av denne grunn har blant annet NKU reagert på konkurransehandlinger hvor det legges opp til systematisk utnyttelse av andres opparbeidede goder.<sup>22</sup>

Uttalelsen ”systematisk utnyttelse” av know-how gir imidlertid liten konkret veiledning med tanke på fastleggelse av innholdet og de nærmere grenser for brudd på god forretningsskikk. For det første synes uttalelsen å innebære at man ansetter alle de nøkkelpersoner som er nødvendige for å få innsikt på det aktuelle området. Ved en slik ansettelsesprosess vil virksomheten få innsikt og tilgang til ny informasjon som vil være en stor fordel i konkurransesituasjonen. Hvor mange arbeidstakere det er tale om, kan ikke være avgjørende. Man kan få tilgang til den informasjon og teknologi man behøver ved

---

<sup>22</sup> Eksempelvis NKU sak nr. 8/2003 hvor innklagedes bruk av logo, som hadde det formål å snylte på klagerens årelange markedsføringsinnsats og goodwill, ble funnet i strid med god forretningsskikk



ansettelse av et par nøkkelpersoner. Videre vil den kunnskap bedriften allerede innehar kunne være omfattende, slik at man ikke har behov for mange nyansatte for å bli ledende aktør på det aktuelle området. Det er særlig i de tilfeller en virksomhet nettopp har startet opp eller ønsker å satse på et nytt område at det gjerne vil foreligge omfattende rekruttering. Virksomheten vil da måtte ansette flere høyt kvalifiserte arbeidstakere for å kunne komme på markedet. Det utilbørlige eller kritikkverdige i slike saker vil være det forhold at rekrutteringen er foretatt med det formål å få tilgang til en annen virksomhets bedriftshemmeligheter. Bedriften søker her å gjøre seg næring av sin illojale opptreden. Rekrutteringen vil være et virkemiddel som ikke samsvarer med hensynet til sunn konkurranse som ligger bak prinsippet om god forretningsskikk. Dersom rekrutteringsfremstøt skjer med den hensikt å skaffe seg tilgang til en bedrifts know-how vil handlemåten derfor lettere karakteriseres som illojal eller utilbørlig.

For det andre synes det å ligge en forutsetning i uttalelsen til NKU at den systematiske rekrutteringen må være rettet mot en bestemt virksomhet for å være illojal. Det er klart at de negative konsekvenser for en bedrift vil være større ved systematisk rekruttering av dens ansatte, i forhold til ansettelse av et fåtall arbeidstakere. På den andre siden kan tredjemann i flere tilfeller oppnå samme resultat ved rekruttering av nøkkelpersoner fra flere virksomheter. Dette forutsetter imidlertid at det finnes flere bedrifter på markedet som innehar den aktuelle kompetansen man søker. Hvor dette er tilfelle vil man kunne innhente den informasjon man trenger ved ansettelse av nøkkelpersoner fra flere bedrifter. Det bør derfor ikke være avgjørende om rekrutteringen er rettet mot en eller flere bedrifter. På den annen side er det vanskelig å tenke seg at rekruttering av et stort antall nøkkelpersoner fra flere ulike bedrifter oppfattes som stridende mot god forretningsskikk. I juridisk teori er det også hevdet at en rekrutteringshandling vil være mindre kritikkverdig dersom fremstøtet blir gjort i større bredde i det aktuelle arbeidsmarkedet.<sup>23</sup> Rekrutteringen vil i slike tilfeller være rettet mot ansatte som innehar de kvalifikasjoner man søker, og noe systematisk utnyttelse av bedriftenes know-how vil kunne være vanskelig å bevise. Videre vil de utsatte bedrifter gjerne ikke reagere på den foretatte rekruttering da det kun er tale om et fåtall

---

<sup>23</sup> Jfr. Lunde, s. 450

ansatte som sier opp og går over til en annen arbeidsgiver. Hvor det kun er en enkelt bedrift tredjemann har søkt seg inn på, vil man lettere kunne påvise systematisk utnyttelse av bedriftens know-how. Men kan man påvise systematisk rekruttering rettet mot flere bedrifter, i den hensikt å skaffe tilgang til know-how, vil brudd på god forretningsskikk også i slike tilfeller kunne foreligge.

Et annet moment som kan komme inn ved vurderingen av om det foreligger illojal rekruttering på grunn av systematisk utnyttelse av en bedrifts know-how, er om det personalet som rekrutteres relativt lett lar seg erstatte. Hvor en ansatt lett kan erstattes, vil virksomheten ikke få de problemer som oppstår ved rekruttering av nøkkelpersoner. Ved utnyttelse av en bedrifts know-how vil det imidlertid som oftest være tale om å foreta rekruttering av høyt kvalifiserte arbeidstakere samt ansatte i ledende stillinger, og det er klart at det ikke vil være like lett for bedriften å finne arbeidere som kan erstatte disse. Dersom tredjemann bevisst foretar rekruttering av arbeidstakere som er vanskelig å erstatte, vil dette kunne være et skjerpende moment i retning av illojal opptreden.

Videre vil rekruttering rettet mot en virksomhet kunne være foretatt med det formål eller delmål å skade den aktuelle virksomheten. Særlig vil dette være tilfelle mellom konkurrenter. Ved å ansette en konkurrents nøkkelpersoner vil man i tillegg til å skade konkurrenten lettere kunne innta en ledende stilling i markedet. Flere av de saker som har vært oppe for retten har nettopp dreiet seg om rekruttering fra konkurrenter. Om rekrutteringen er rettet mot ens konkurrenter vil således være et relevant moment i vurderingen av rekrutteringshandlingens rettmessighet.

Handlinger som skader eller har til formål å skade konkurrenter kan ikke anses forenelig med prinsippet om god forretningsskikk. Dette fordi formålet med bestemmelsen som tidligere nevnt blant annet er å sikre sunn konkurranse. Dersom man kan bevise at en virksomhet har utført en rekrutteringshandling med et bakenforliggende ønske eller mål om å skade eller ramme en annen bedrift, vil grensen for god forretningsskikk etter min mening være overtrådt. Vurderingen av rekrutteringshandlingen i forhold til god forretningsskikk-

standarden vil imidlertid bli den samme, slik at det skal mye til før rekrutteringen isolert sett anses illojal. Formålet om å skade den aktuelle bedriften vil imidlertid komme inn som et skjerpene moment ved vurderingen og medføre at god forretningsskikk- standarden anses overtrådt.

Rekrutteringshandlinger kan også forekomme fra en ansatt som har sluttet hos tidligere arbeidsgiver og etablert egen virksomhet eller tatt arbeid hos en konkurrent. Verving av tidligere kolleger vil ikke i seg selv være i strid bestemmelsen om god forretningsskikk. Dette gjelder uavhengig av om den tidligere ansatte selv har etablert egen virksomhet eller gått over til ny arbeidsgiver. Man vil her likestilles med utenforstående næringsdrivende, hvor tanken om fri konkurranse om arbeidskraft råder.<sup>24</sup> Også NKU har i sin praksis lagt til grunn at det ikke er i strid med god forretningsskikk å søke å få andre bedrifters arbeidstakere til å si opp sine stillinger, selv om vedkommende tidligere selv har vært ansatt hos bedriften. Det kan her vises til NKU sak nr. 2/1988 som gjaldt påståtte illojale handlinger i forbindelse med og etter administrerende direktørs fratreden. Utvalget fant det bevist at administrerende direktør hadde forsøkt å påvirke nøkkelpersonell hos tidligere arbeidsgiver med tanke på å verve disse til sitt nye selskap, ved å distribuerte et udatert dokument "Norsk Datasuksess søker markedets beste folk" direkte til flere av tidligere arbeidsgivers ansatte. Rekrutteringshandlingen ble imidlertid ikke funnet stridende mot god forretningsskikk. Utvalget uttalte at:

"Det er vesentlig at påvirkningen først er søkt gjennomført *etterat* innklagede var sluttet hos klager og etterat han hadde stiftet eget selskap. At innklagede så snart han hadde anledning til det, ønsket å fortsette i sin gamle bransje og derved hadde behov for nøkkelpersonell, er lett å forstå. Om han med dette for øye også gjør henvendelse til ansatte hos sin tidligere arbeidsgiver, behøver i og for seg ikke være klanderverdig. Den form henvendelsen fikk synes heller ikke kritikkverdig, idet den er ganske generell i sin utforming."

---

<sup>24</sup> Jfr. Borch/Fougner, LoR 2000 nr. 2 s. 82

I saken ble det lagt avgjørende vekt på at rekrutteringen fant sted etter at administrerende direktør hadde fratrådt sin stilling hos arbeidsgiver. Han var da å regne som utenforstående næringsdrivende, som i stor utstrekning står fritt til å rekruttere ansatte i andre bedrifter, herunder hos tidligere arbeidsgiver.

Forholdet til tidligere arbeidsgiver kan imidlertid komme inn som et skjerpende moment ved vurderingen av god forretningsskikk- normen. De medarbeiderne som fremdeles er i arbeid hos tidligere arbeidsgiver vil ha god kjennskap til den tidligere ansatte som nå forsøker å få dem over i det nye firmaet. Denne kjennskapen kan gi invitasjonen større tyngde og gjennomslagskraft, slik at medarbeiderne lettere takker ja til et jobbtilbud. Tilknytningen til tidligere arbeidsgiver og hans arbeidstakere tilsier derfor at listen for rettsstridige handlinger bør ligge noe lavere enn for andre næringsdrivende.

Eksempel på rekruttering fra tidligere ansatte overfor tidligere arbeidsgiver finnes i NAD 1986 s. 672, en kjennelse fra Kristiansand namsrett av 7. juli 1986. Saken gjaldt spørsmål om midlertidig forføyning overfor en gruppe ansatte som sa opp sine stillinger hos arbeidsgiver for å gå over til stillinger i et nylig stiftet konkurrerende selskap i regi av arbeidsgivers tidligere daglige leder og markedssjef. Disse to sa opp sine stillinger hos Elkem og stiftet firmaet Newmatec. Strakt etter stiftelsen sa Elkems markedsdirektør, betongteknolog, laboratoriesjef, teknisk laboratorieassistent, skipningsleder og materiell- og administrasjonssjef opp sine stillinger hos Elkem etter å ha takket ja til jobbtilbud fra Newmatec. Alle de nevnte var nøkkelpersoner hos Elkem og var derfor av stor betydning for selskapet. Begjæringen om midlertidig forføyning ble tatt til følge idet det ble ansett å foreligge tilstrekkelig sikringsgrunn samt sannsynliggjort et materielt krav om at det var handlet i strid med mfl § 1.

Det ble lagt til grunn at intensjonen hos det nystiftede selskapet var å overta nøkkelpersonell fra Elkem og gå inn på de virksomhetsområder Elkem var innarbeidet. Rekrutteringsfremstøtet ville sikre firmaet betydelige deler av Elkems innsats og investeringer uten noen form for omkostninger. Det ble videre uttalt at det er vanlig i

næringslivet å fremsette tilbud til personer i uoppsagte stillinger, men at tanken her var å tømme Elkem for høytkvalifisert personell på det mest ansvarlige nivå. Det var ikke tale om headhunting av en og annen medarbeider. Den rekruttering som ble foretatt var en planmessig og systematisk aksjon hvor et helt arbeidskollektiv ble hentet ut.

Retten fant at forholdet var i strid med kravet til god forretningsskikk, idet rekrutteringen skjedde på en rettsstridig måte. Det ble uttalt at ”kravene til god forretningsskikk næringsdrivende imellom er overtrådt nettopp ved at Newmatec som beskrevet foran planmessig skar ut en bestemt gruppe, og som firmaet visste kjente sterk lojalitet med Terje Bogen [daglig leder]”.

Det fremgår av kjennelsen at næringsdrivende som utgangspunkt har stor frihet i forhold til rekruttering av personer i uoppsagte stillinger. Dette utgangspunktet gjelder også overfor tidligere ansatte som etablerer egen virksomhet og i den forbindelse forsøker å rekruttere medarbeidere hos tidligere arbeidsgiver. NAD 1986 s. 672 er imidlertid eksempel på et rekrutteringsfremstøt som klart strider mot god forretningsskikk- standarden i mfl § 1. Det dreiet som om en planlagt og systematisk rekrutteringsaksjon av et større antall nøkkelpersoner. Videre innebar rekrutteringen en utnyttelse av tidligere arbeidsgivers innsats og investeringer. Formålet bak rekrutteringen var å innta en ledende stilling i markedet ved å redusere tidligere arbeidsgivers virksomhetsgrunnlag. Det forelå således flere kritikkverdige forhold ved den benyttede fremgangsmåten som innebar et klart brudd på god forretningsskikk- standarden.

Selv om man i saken stod overfor et tydelig tilfelle av brudd på lojal opptreden, fremgår det av kjennelsen at tilknytningsforholdet mellom tidligere arbeidstaker og tidligere arbeidsgiver/arbeidskollegaer kan komme inn som et skjerpende moment ved vurderingen. Tilsvarende vil gjelde i de tilfeller arbeidsgiver bruker eller utnytter sine ansatte til å foreta rekruttering av personer som de har et tilknytningsforhold til. Tilknytningsforholdet vil imidlertid få mindre betydning etter hvert som tiden går, og på et visst punkt må tidligere ansatte likestiles med utenforstående tredjemenn. Hvordan og på hvilket tidspunkt denne

grensen skal trekkes, må bero på en helhetsvurdering. Forhold som den tidligere ansattes stilling hos arbeidsgiver, antall år vedkommende var ansatt, lojalitets- og tilkynningsforholdet mellom den ansatte og hans tidligere arbeidskollegaer vil alle komme inn som momenter. Spørsmålet vil trolig være av mindre praktisk betydning idet selve rekrutteringshandlingen som oftest vil være avgjørende for om det konstateres brudd på god forretningsskikk. Om det foreligger en tilknytning mellom rekruttereren og de ansatte er imidlertid et relevant moment som kan tenkes å få stor betydning for vurderingen av rekrutteringshandlingen.

#### 2.3.4 Oppsummering

Som det fremgår av drøftelsen ovenfor foreligger det grenser for hva bedrifter lovlig kan tillate seg med tanke på rekruttering, men disse er langt fra klare. Analysen viser at næringsdrivende i utgangspunktet har stor frihet idet mfl § 1 ikke kan sies å representere noen streng skranke for rekrutteringshandlinger. Slik bør det også til en viss grad være da begrensninger på dette området kan få negative konsekvenser for samfunnet. Så kan man de lege ferenda stille spørsmål om listen bør ligge så høyt. Som tidligere nevnt er det mye som taler for at næringsdrivende skal ha stor handlefrihet i forhold til rekruttering, videre at arbeidstakerne må kunne stå fritt i forhold til å ta arbeid hos hvem de måtte ønske. På den annen side står hensynet til tidligere arbeidsgiver og hans forventning om at arbeidsforholdet holder frem og ikke opphører på grunn av illojale rekrutteringsfremstøt. Det fremgår imidlertid av drøftelsen at hensynet til den enkelte arbeidsgiver som oftest vil måtte vike, og at andre midler må tas i bruk for bedre å sikre det videre ansettelsesforholdet.

Rekrutteringsfremstøt vil som hovedregel ikke anses i strid med mfl § 1. Det fremgår av rettspraksis samt juridisk teori at det å rette henvendelse til arbeidstakere som innehar de kvalifikasjoner man ønsker, ikke vil være illojalt. Dersom rekruttering skal finnes stridende mot mfl § 1 synes den nærmest å måtte skje på en svært illojal eller utilbørlig måte. Først når det er tale om rekruttering i kombinasjon med flere andre kritikkverdige forhold, vil det være grunnlag for å konstatere rettsstrid. Avgjørende synes å være om det kan påvises

elementer av systematisk og planmessig rekruttering. Flere forhold må tas i betraktning i en skjønnsmessig helhetsvurdering ved avgjørelsen av om det foreligger brudd på god forretningsskikk. Jo flere kritikkverdige forhold man finner ved fremgangsmåten ved rekrutteringen, dess mer taler for å karakterisere handlingen i strid med mfl § 1.

## 2.4 Konsekvenser av opptreden i strid med god forretningsskikk

Dersom det først konstateres brudd på god forretningsskikk, er det klart man har krav på at den illojale handling skal opphøre. Ved illojal rekruttering vil skaden imidlertid være skjedd i og med rekrutteringsfremstøtet, og den konkurrerende virksomhet kan på dette tidspunkt ha fått med seg alle de arbeidstakerne de har rettet henvendelse til. Et generelt forbud mot rekruttering av tidligere arbeidsgivers ansatte vil man ikke kunne få dom for.<sup>25</sup> Av denne grunn vil krav på opphør av den illojale handling ha mindre betydning i saker om illojal rekruttering.

I visse tilfeller kan det dessuten være aktuelt å fremme krav om midlertidig forføyning etter reglene i tvangsfullbyrdsloven av 26. juni 1992. Ved midlertidig forføyning etableres en foreløpig ordning i et rettsforhold som er omtvistet mellom partene. Ved illojal rekruttering vil tidligere arbeidsgiver ofte ha behov for en rask avgjørelse for å forhindre at konkurrenten fortsetter med den illojale rekrutteringshandlingen. Dette er nok lite praktisk da arbeidsgiver sjelden vil oppdage forholdet før rekrutteringen er gjennomført. Det kan også være behov for en midlertidig avgjørelse for å hindre at den rekrutterende bedrift ansetter de aktuelle arbeidstakerne. Dersom rekrutteringen gjennomføres vil arbeidsgiver kun sitte igjen med et usikkert erstatningskrav. Blir begjæringen om midlertidig forføyning tatt til følge, vil man eventuelt kunne forlike saken på et senere tidspunkt eller få dom for krenkelse av § 1. Uansett gis man et pusterom hvor bedriften kan omstille seg og foreta de tiltak som er nødvendige som ledd i å sikre virksomheten mot konsekvensene av den illojale rekrutteringen.

---

<sup>25</sup> Jfr. prinsippene i tvistemålsloven § 54

Den mest aktuelle sanksjonen vil være krav om erstatning. Spørsmål om erstatning ved overtredelse av markedsføringslovens bestemmelser er ikke løst i loven selv. Men det fremgår av forarbeidene og rettspraksis at erstatning kan kreves som reaksjon mot illojale handlinger.<sup>26</sup> Når en illojal konkurransehandling medfører tap for den virksomhet som rammes av rettsbruddet, utløses et erstatningsansvar for brudd på normen om god forretningsskikk. I Rt 1997 s. 199, vedrørende erstatning for bruk av bedriftshemmeligheter, uttales blant annet at markedsføringsloven trekker opp normen for tillatelig konkurranse mellom næringsdrivende, og at brudd på disse normene må føre til erstatningsplikt.

Utmåling av erstatning forutsetter imidlertid et påviselig tap hos den utsatte virksomheten. At virksomheten har hatt et økonomisk tap i forbindelse med den illojale rekrutteringen kan være vanskelig å bevise. Selv om et tap lar seg påvise, vil nok ofte den næringsdrivende ikke klare å dokumentere sitt fulle økonomiske tap. I et marked hvor mange faktorer påvirker en virksomhets økonomiske resultat, vil det alltid være usikkerhet om hva som ellers ville blitt det fremtidige resultat for virksomheten. Det vil av denne grunn være nærmest umulig å føre bevis for hva som ville vært situasjonen om illojal rekruttering ikke hadde funnet sted. I saker om illojal rekruttering vil det derfor kunne være vanskelig å tallfeste det fulle økonomiske tap virksomheten har lidt. I praksis benyttes gjerne tvistemålsloven § 192 i slike saker.<sup>27</sup> Etter bestemmelsen kan retten etter eget skjønn avgjøre omfanget på erstatningen i de tilfeller bevis for erstatningsbeløpet ikke lar seg føre eller er forbundet med uforholdsmessig vanskelighet. Det må imidlertid bemerkes at bestemmelsen bare gjelder i forhold til bevisførsel vedrørende omfanget av det allerede påviste krav og således ikke bevisførsel for selve kravets rettmessighet.

Konsekvensene ved rekrutteringshandlinger i strid med mfl § 1 fra arbeidsgivers tidligere ansatte, vil i all hovedsak sammenfalle med hva som gjelder for utenforstående næringsdrivende. Det oppstår imidlertid spørsmål om identifikasjon mellom firmaet og den

---

<sup>26</sup> Jfr. blant annet Innst 1966 s. 7 og Rt 1990 s. 607

<sup>27</sup> Jfr. bla. Rt 1990 s. 607, LG-2004-14258



ansatte som har foretatt den illojale rekrutteringshandlingen. I de tilfeller en eller flere tidligere ansatte etablerer egen virksomhet vil disse som oftest utgjøre selskapets ledelse. Selskapet vil her identifiseres med ledelsens opptreden og kan således holdes erstatningsansvarlig etter mfl § 1, jfr. NAD 1986 s. 672.

Hvor den tidligere ansatte har gått over til ny stilling i et annet selskap stiller dette seg annerledes. Det skal i utgangspunktet mye til før et selskap holdes ansvarlig for rekrutteringsfremstøt foretatt av dens ansatte overfor tidligere arbeidsgiver. Det fremgår av skadeserstatningsloven av 13. juni 1969 § 2-1 nr. 1 annet punktum at arbeidsgiver ikke er ansvarlig for ”skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet”.<sup>28</sup> Dersom en ansatt på egen hånd foretar illojal rekruttering rettet mot tidligere arbeidskollegaer vil det være klart at han med dette går ut over sine arbeidsoppgaver. Arbeidsgiver kan av denne grunn ikke holdes ansvarlig, og det selv om den ansattes handling er i arbeidsgivers interesse. Motsatt gjelder hvor selskapet bevisst har utnyttet den ansattes tilknytningsforhold til de personer som forsøkes rekruttert. Videre oppstår grensetilfeller hvor for eksempel arbeidsgiver vet om eller i ettertid får vite om den illojale rekrutteringen, og allikevel ansetter de aktuelle personene. I slike tilfeller kan det bli tale om identifikasjon eller medvirkning til illojal opptreden. Arbeidsgiver kan da holdes ansvarlig for den illojale rekruttering foretatt av dens ansatte.

---

<sup>28</sup> Om arbeidsgiveransvaret: se blant annet Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, Askeland, Erstatningsrettlig identifikasjon

### **3 Lojalitetsplikten i arbeidsforhold som begrensning for rekrutteringshandlinger**

#### **3.1 Innledning**

Praksis viser at ansattes rekrutteringsfremstøt overfor medansatte er et utstrakt fenomen, hvor tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker forekommer hyppig. Tidligere har vi sett på rekrutteringsfremstøt fra næringsdrivende, herunder arbeidstakers tidligere ansatte. Problemstillingen i det følgende er i hvilken utstrekning lojalitetsplikten i arbeidsforhold setter begrensninger for rekrutteringshandling fra en ansatt overfor sine arbeidskollegaer.

Problemstillingen reiser flere interessante spørsmål som reguleres av det generelle ulovfestede lojalitetsprinsipp. Før det gås nærmere inn på grensene for rekrutteringshandlinger vil det bli redegjort for den lojalitetsplikt som gjelder for en ansatt. Prinsippet vil være veiledende for om de handlinger ansatte foretar er rettmessige eller ikke, og vil således etablere målestokken i forhold til spørsmålet om når rekrutteringshandlinger kan anses i strid med lojalitetsplikten.

#### **3.2 Generelt om lojalitetsplikten i arbeidsforhold**

##### **3.2.1 Den ulovfestede lojalitetsplikt**

I alle kontraktsforhold er det krav om lojal opptreden fra kontraktspartenes side. Lojalitetsplikten er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp og vil medføre gjensidige rettigheter, plikter og begrensninger, selv om partene ikke uttrykkelig har avtalt noe.

Også i arbeidsforhold foreligger en gjensidig lojalitetsplikt mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. I lojalitetsplikten ligger et krav om at partene i en viss utstrekning må ta hensyn til hverandres interesser, selv om en slik plikt ikke er regulert i selve arbeidsavtalen. Høyesterett har i Rt 1990 s. 607 uttalt at ”det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold”. Uttalelsen er fulgt opp i en rekke senere

saker, blant annet Rt 1996 s. 1401 hvor det sies at ”det rettslige utgangspunkt er at det gjelder en alminnelig, ulovfestet lojalitetsplikt i arbeidsforhold”.

Den alminnelige lojalitetsplikten dekker et vidt spekter av handlinger. Prinsippet kan ses på som et utslag av en erkjennelse om at de mer presise rettigheter og plikter som følger av avtaleforholdet ikke fullt ut vil kunne regulere alle sider av forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.<sup>29</sup> Mer spesifikke rettigheter og plikter for partene fremgår av arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005. En generell lojalitetsplikt har imidlertid vesentlig betydning idet prinsippet fanger opp illojale handlinger som ikke eksplisitt er lovregulert eller avtaleregulert. Generelt kan man si at den ansattes lojalitetsplikt går ut på at han eller hun må opptre i samsvar med arbeidsgivers interesser og lojalt fremme disse. Blant annet skal arbeidstaker ikke omtale arbeidsgiver eller virksomheten på en negativ måte, arbeidstaker har taushetsplikt om forhold som det er av betydning for arbeidsgiver å hemmeligholde, og arbeidstaker har også en viss lojalitetsplikt overfor de andre ansatte. Videre innebærer lojalitetsplikten også plikt til å opplyse arbeidsgiver om forhold denne bør vite om.

Omfanget av lojalitetsplikten vil imidlertid kunne variere etter stillingens art. Ansatte i ledende stillinger vil generelt ha en mer omfattende lojalitetsplikt enn arbeidstakere i underordnede stillinger. Ved vurderingen av rekrutteringshandling vil således den ansattes stilling være et moment som kan komme inn i skjerpende retning. Det vises her til Rt 1997 s. 1128 som gjaldt rettmessigheten av daglig leders avskjedigelse, jfr. tidligere arbeidsmiljølovs § 66 nr. 1. Retten uttalte at:

”det er på det rene at det må stilles særlige krav til en leder. Det samme forhold vil altså lettere kunne anses som ”grovt pliktbrudd” eller ”vesentlig mislighold” når arbeidstakeren har en ledende stilling enn når det gjelder en underordnet, jfr. blant annet Rt 1993 s. 300. Dette har sammenheng både med det særlige behovet for tillit til en leder, og med den signaleffekt en leders handlemåte har overfor andre ansatte”.

---

<sup>29</sup> Jfr. Fougner, Arbeidsavtalen s. 208

Flere generelle hensyn ligger bak prinsippet om gjensidig lojalitet i arbeidsforhold. Prinsippet gir et vern til begge parter og har generelt til formål å sikre lojal opptreden under ansettelsesforholdet. Uten en generell lojalitetsplikt vil partene blant annet måtte benytte seg av omfattende arbeidsavtaler som redegjør for de minste rettigheter og plikter. Videre kunne det medføre en viss usikkerhet i forhold til forventet opptreden fra den annen part, og arbeidsgiver vil kunne risikere å måtte bruke betydelige ressurser for å fremme lojal opptreden fra de ansattes side. Generelt sikrer lojalitetsplikten et sunt arbeidsforhold, som igjen bidrar til at den enkelte bedrift kan fungere i næringslivet. Med lojalitetsreglene kan man føle seg mer trygg på at de ansatte fremmer bedriftens interesser, selv om disse skulle være i konflikt med de ansattes egne oppfatninger. Og ved eventuelt brudd vil arbeidsgiver blant annet kunne benytte seg av reglene om oppsigelse og avskjed, idet brudd på lojalitetsplikten ofte vil anses som gyldig oppsigelses- eller avskjedsgrunn.<sup>30</sup>

### 3.2.2 Lojalitetspliktens forhold til god forretningsskikk- standarden

Den ansatte må opptre i samsvar med lojalitetsplikten under hele ansettelsesperioden, samt også under oppsigelsesperioden. Som tidligere nevnt vil også mfl § 1 til en viss grad komme til anvendelse overfor arbeidstakere, der disse etablerer konkurrerende virksomhet i ansettelsesperioden, jfr. Rt 1990 s. 607. Videre vil bestemmelsen komme til anvendelse dersom arbeidstakere som tar sikte på å slutte i en bedrift for å etablere egen virksomhet, foretar handlinger som fremmer egne næringsinteresser i strid med arbeidsgivers interesser.<sup>31</sup> Prinsippet om god forretningsskikk i mfl § 1 vil imidlertid sjelden få selvstendig betydning for forhold foretatt i ansettelsestiden, idet arbeidstakerens handlefrihet i denne perioden vil være sterkt begrenset av den ulovfestede lojalitetsplikt. På grunn av det tilknytningsforhold som foreligger mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i kraft av arbeidsavtalen, vil lojalitetsplikten etablere en strengere norm enn det som gjelder etter god forretningsskikk- standarden i mfl § 1. Bestemmelsen om god forretningsskikk kan

---

<sup>30</sup> Jfr. Fougner, Arbeidsavtalen s. 209

<sup>31</sup> Jfr. LA 2006-71768

imidlertid benyttes overfor den ansattes nyetablerte firma, slik at også firmaet holdes ansvarlig for den illojale handling. I slike tilfeller vurderes det om det foreligger brudd på mfl § 1 ved at det er utnyttet en konkurransefordel som skyldtes illojal opptreden overfor arbeidsgiver fra den ansattes side.

Det gjelder også en viss lojalitetsplikt for den ansatte etter arbeidsforholdets opphør. Denne kan imidlertid ikke strekke seg så langt som den lojalitetsplikten som gjelder mens arbeidsforholdet fortsatt består. Å påberope lojalitetsplikten i arbeidsforhold ved illojal opptreden fra tidligere ansatte, vil imidlertid ha liten praktisk betydning idet arbeidsgiver i slike tilfeller som oftest vil påberope seg bestemmelsene i markedsføringsloven.<sup>32</sup> Følgelig er det i de tilfeller tidligere arbeidstaker ikke er å anse som næringsdrivende i markedsføringslovens forstand, at det ulovfestede lojalitetsprinsipp i praksis vil ha selvstendig betydning utover mfl § 1 når det gjelder rekrutteringshandlinger.

Det må imidlertid legges til grunn at ansatte som har fratrådt har en videre lojalitetsplikt overfor tidligere arbeidsgiver enn det som gjelder for utenforstående næringsdrivende etter mfl § 1. Det tidligere arbeidsforholdet tilsier at den ansatte i alle fall en periode etter fratredelsen har en strengere norm å forholde seg til enn den man kan utlede fra mfl § 1 om god forretningsskikk. Vurderingen vil også her foretas etter god forretningsskikk-standarden i mfl § 1, men slik at det tidligere ansettelsesforhold kommer inn som et moment i skjerpende retning, jfr. punkt 2.3.3 ovenfor.

Motsatt gjelder hvor ansatte tar arbeid hos annen konkurrerende virksomhet, idet man ikke vil være ”næringsdrivende” i markedsføringslovens forstand. Dersom den ansatte i et slikt tilfelle skulle foreta illojal rekruttering av tidligere arbeidsgivers ansatte på vegne av ny arbeidsgiver, kan mfl § 1 komme til anvendelse i forhold til virksomheten. Vurderingen av om det foreligger illojal rekruttering vil da reguleres av god forretningsskikk-standarden, og det vises til det som er sagt om denne under punkt 2.2 ovenfor.

---

<sup>32</sup> Borch/Fougner, LoR 2000 nr. 2 s 77

### 3.3 Grensene for rekrutteringshandlinger i forhold til lojalitetsplikten i arbeidsforhold

#### 3.3.1 Innledning

Utviklingen i arbeids- og næringslivet har i økende grad ført til at det er de ansattes kunnskap som er det vesentlige aktivum i mange virksomheter. Dersom ansatte ”tar med seg hodet og går”, vil grunnlaget for forretningsvirksomheten kunne bli svekket eller i enkelte situasjoner også praktisk talt falle helt bort. Dels har det sammenheng med at kompetansen i virksomheten reduseres, dels at relasjoner mellom kunder og virksomhet ofte kan være tett knyttet til spesifikke personer slik at kunden ønsker å følge den ansatte over i ny virksomhet. Virksomhetene har av denne grunn sterk interesse i å verne seg mot for nærgående konkurranse fra tidligere ansatte. Et virkemiddel for å forsøke å beskytte seg mot konkurranse fra tidligere ansatte eller tidligere eiere er såkalte karensklausuler/konkurranseklausuler.<sup>33</sup> En konkurranseklausul i ansettelsesavtalen kan innebære at arbeidstaker eller tidligere eier i alle fall i en avgrenset tidsperiode etter opphør av ansettelsesforholdet ikke vil være berettiget til å starte eller ta ansettelse i en konkurrerende bedrift.<sup>34</sup> Drøftelsen foretas under den forutsetning at det ikke foreligger noen slik klausul i den ansattes arbeidsavtale. Slike konkurranseklausuler reiser i all hovedsak spørsmål av avtalerettslig art som må løses med utgangspunkt i avtalelovens § 38 eller andre avtalerettslige regler og prinsipper.<sup>35</sup>

Dersom det ikke foreligger noen restriksjoner vil ansatte kunne etablere konkurrerende virksomhet, forutsatt at etableringen skjer etter ansettelsesforholdets opphør. Etableres konkurrerende virksomhet i ansettelsesperioden vil dette stride mot arbeidsgivers interesser. Foretas handlinger som fremmer den ansattes næringsinteresser fremfor arbeidsgivers vil dette videre kunne representere en illojal handling.<sup>36</sup> Dette innebærer

---

<sup>33</sup> Se avtl. § 38 som setter skranker for innholdet i slike avtaler

<sup>34</sup> Jfr. Jakhelln, Arbeidsretten s. 320

<sup>35</sup> Om konkurranseklausuler se blant annet TFF-2002-139

<sup>36</sup> Se eksempelvis Rt 1990 s. 607

imidlertid ikke at også planlegging og forberedelser til oppstart av egen virksomhet under arbeidsforholdet er illojalt overfor arbeidsgiver. At en arbeidstaker vurderer å starte konkurrerende virksomhet eller begynne hos en konkurrent, vil ikke i seg selv innebære noe brudd på lojalitetsplikten i arbeidsforhold. Eksempelvis må arbeidstaker kunne inngå leieavtale, søke om nødvendige offentlige tillatelser m.v, så lenge det ikke er tale om handlinger som er direkte til skade for arbeidsgiver. Hensynet til mobilitet på arbeidsmarkedet og inntektsmuligheter for den ansatte taler videre for at forberedende handlinger er tillatt.

Ofte vil imidlertid en arbeidstaker som planlegger å etablere eller gå over til konkurrerende virksomhet faktisk utføre handlinger som er illojale i forhold til arbeidsgiver. Verving av medansatte med tanke på å få dem med over til den nye virksomheten vil klart være en handling som ikke er forenelig med arbeidsgivers interesser. Dersom slik verving finner sted mens arbeidsforholdet består, vil dette kunne være i strid med den ulovfestede lojalitetsplikt.

### 3.3.2 Nærmere om grensene for rekrutteringshandling

Hvor en ansatt skal slutte hos eksisterende arbeidsgiver for å etablere egen virksomhet eller gå over til en konkurrent, vil forholdet lett kunne komme opp som samtaleemne med de andre medansatte. I rettspraksis er det lagt til grunn at man løselig kan nevne spørsmålet om overgang til ny virksomhet for de medansatte, så lenge man ikke går aktivt ut for å få folk til å slutte hos arbeidsgiveren, jfr. NAD 1987 s. 629 som er en dom fra Oslo byrett av dato 17. juni 1987. Det sentrale spørsmål i saken var om daglig leder hadde opptrådt illojalt ved å forsøke å få medansatte til å slutte hos arbeidsgiver og i stede ta ansettelse i hans planlagte virksomhet. Spørsmålet om ansettelse var imidlertid kun relativt løselig nevnt for noen få av arbeiderne på et tidspunkt hvor daglig leder planla men enda ikke hadde etablert noen virksomhet. Videre var det uklart for retten om muligheten for arbeid i den ansattes nye virksomhet først var nevnt av ham eller om det var medarbeiderne selv som spurte om jobb. Retten la til grunn at den avskjed som hadde funnet sted av daglig leder i hans oppsigelsestid var urettmessig og han ble tilkjent erstatning.

Retten utalte at den var tilbøyelig til å mene at forsøk på å ta med seg arbeidere fra tidligere arbeidsgiver ved etablering av egen virksomhet som hovedregel ville innebære et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. Dette utgangspunktet ville videre gjelde uavhengig av om arbeidsavtalen innholdt noe forbud mot etablering av egen virksomhet eller ikke. Da det blant annet var tvil om graden av aktivitet fra daglig leders side ble hans opptreden ikke ansett som et grovt pliktbrudd i forhold til aml § 66.<sup>37</sup> Av dette kan man utlede at det ikke vil være illojalt å nevne overfor medarbeidere at man skal slutte hos arbeidsgiver for å etablere eller gå over til annen virksomhet. Lojalitetsplikten overfor arbeidsgiver taler også for et slikt synspunkt. Medarbeidere bør vite om eventuelle oppsigelser slik at de kan være forsiktige i sin omgang med opplysninger overfor den som skal slutte.<sup>38</sup> Til en viss grad vil man også kunne nevne muligheten for ansettelse i det nye firmaet, særlig der hvor det er arbeidskollegaer som tar opp spørsmålet. Problemet i forhold til lojalitetsplikten oppstår hvor den ansatte forhører seg om eller går mer aktivt inn for å få medarbeiderne til å slutte hos eksisterende arbeidsgiver.

Ved vurderingen av erstatning for uberettiget avskjed uttalte imidlertid retten at det måtte tas noe hensyn til at daglig leder også var å bebreide for avskjedigelsen. Det ble uttalt;

”Spesielt ved å snakke med saksøktes ansatte som han gjorde beveget han seg på tynn is og det ville åpenbart vært mest lojalt av saksøkeren at han helt unnlot å nevne ansettelse hos ham, i hvert fall så lenge han hadde en viss tilknytning til MBC [tidligere arbeidsgiver]”.

Det fremgår således at den ansatte hadde opptrådt kritikkverdig. Videre synes det som at retten vurderte handlemåten som illojal overfor arbeidsgiver, men at den ikke representerte et så grovt pliktbrudd som reglene om avskjed forutsetter. Det er derfor grunn til å tro at den aktuelle rekrutteringshandling var på grensen av tillatt opptreden. Synspunktet er ikke nærmere begrunnet og synes ikke uten videre overbevisende. Dersom rettens synspunkt

---

<sup>37</sup> Jfr. nåværende lovs § 15-14

<sup>38</sup> Jfr. Dege, Arbeidsgivers styringsrett bind III s. 137



legges til grunn innebærer det at ansatte har en svært begrenset handlefrihet. Det å løselig nevne mulighet for ansettelse bør etter min mening ikke være i strid med lojalitetsplikten. Ansatte bør innrømmes et visst spillerom før grensen for illojal opptreden anses overtrådt. Så lenge den ansatte ikke foretar noen direkte henvendelse eller annen aktivitet i retning av å få medansatte til å slutte hos arbeidsgiver, bør man ikke karakterisere opptreden som illojal. Om det har funnet sted aktiv rekruttering eller om det kun er tale om en eller flere enkeltstående oppsigelser uten illojal påvirkning kan være uklart og også vanskelig å bevise. Foreligger det tvil på dette punkt må tvilen komme den ansatte til gode.

I en nylig avsagt dom fra Oslo tingrett av 1. mars 2007<sup>39</sup> var problemstillingen om avskjed som var begrunnet i påstått illojalitet fra en ansatt var gyldig. Den ansatte var eiendomsmegler og stod for 40 % av firmaets omsetning. Vedkommende ble kontaktet av et annet meglerfirma med forespørsel om å gå over til firmaet med sikte på å etablere et nytt meglerkontor. Den ansatte viste stor interesse i å gå over til selskapet, da han blant annet ble forespeilet en meget bra provisjon og eierandel i selskapet. Det var på det rene at den ansatte fortalte en dyktig arbeidskollega om det fristende tilbudet, og kollegaen uttalte for retten at den ansatte etter hvert utøvte et betydelig press på ham for å få ham til å bli med over i den nye virksomheten. Videre ble en styreleder, meglerassistent og oppgjørsmedarbeider i firmaet kontaktet av den ansatte med informasjon om tilbudet fra den nye virksomheten. Retten kom til at den aktuelle avskjedigelsen var rettmessig etter arbeidsmiljøloven § 15-14.

Retten uttalte at ”en arbeidstaker som planlegger å starte eller gå over i konkurrerende virksomhet, og som forsøker å få andre arbeidstakere med seg til den nye virksomheten, vil i utgangspunktet opptre i strid med lojalitetsplikten”. Videre ble det uttalt at den ansatte opptrådte altfor aktivt overfor enkelte av sine medarbeidere for å få med seg disse over i den nye bedriften. Denne aktiviteten ble sett på som en svært illojal handling fra den ansatte side som ga grunnlag for avskjedigelse. Det fremgår her at rekrutteringsforsøk i seg selv gjerne vil anses som illojalt overfor arbeidsgiver. Av dommen kan man utlede at

---

<sup>39</sup> TOSLO-2006-98872

relevante momenter i denne sammenheng blant annet vil være hvordan man går frem overfor medarbeiderne, hvor direkte man er og i hvilken grad man utøver press overfor de aktuelle kollegaene. Avgjørende synes å være hvilken grad av aktivitet som utøves og om dette er å anse som et forsøk på å få medarbeiderne til å bli med over i den nye virksomheten. Jo mer pågående den ansatte er, dess lettere vil det foreligge brudd på lojalitetsplikten.

Overtredelse av den alminnelige lojalitetsplikt i arbeidsforhold ble videre konstatert i sak nr. 04-0336 av 21. januar 2005 for Stavanger tingrett. To av de ansatte i et reklamefirma startet med planlegging av konkurrerende selskap mens de fremdeles var ansatt i reklamefirmaet. De to hadde sentrale posisjoner i firmaet og sto for en vesentlig del av omsetningen. Under planleggingen innkalte de blant annet tre nøkkelpersoner i firmaet til et møte hvor de informerte om sine planer vedrørende oppstart av et konkurrerende selskap. De ga videre uttrykk for at det nye selskapet ville trenge medarbeidere og at de tre sto fritt frem til å søke. I tillegg ble det gitt informasjon om lønn og andre betingelser.

Problemstillingen for retten var blant annet om et slikt møte kunne karakteriseres som en aktivitet i strid med den alminnelige lojalitetsplikt. Retten fant det åpenbart at formålet med møtet delvis var grunnet ønske om å si fra om planene til gode kolleger ut fra lojalitetshensyn, samt ønske om å gjøre medarbeiderne oppmerksomme på at de med stor sannsynlighet kunne påregne en jobb i det nye selskapet. Selv om de to ansatte hadde uttrykt seg forsiktig, fant retten det etter en konkret helhetsvurdering sannsynlig at ”hensikten, formålet og også resultatet av møtet delvis var rekrutteringsrettet”. Av denne grunn fastslo retten at de ansattes opptreden var i strid med den alminnelige lojalitetsplikt i arbeidsforhold.

Det fremgår av dommen at rekrutteringshandling foretatt med det formål å få medarbeidere over i nytt firma, lett vil anses illojalt. Dette samsvarer også med den øvrige rettspraksis som foreligger på området. Møtet som ble holdt for arbeidskollegaene representerte etter min mening en mer direkte og større grad av aktivitet i retning av å få

med seg kvalifiserte medarbeidere enn det å løselig nevne mulighet for ansettelse.

Rekrutteringen var rettet mot nøkkelpersoner de ansatte hadde et godt forhold til og arbeidet bra sammen med og det ble avholdt et møte hvor det ble gitt konkret informasjon om den nye virksomheten og ansettelsesmuligheter. Avgjørende synes således også her å være graden av aktivitet som er utøvd overfor medarbeidere.

Også i NAD 1988 s. 365 fra Oslo byrett av 12. februar 1988 ble avskjedigelse av daglig leder ansett rettmessig. Etter et halvt års ansettelse inngikk daglig leder og selskapet avtale om fratredelse. Etter avtalen skulle daglig leder fortsette i stillingen i ca to uker og fra fratredelsestidspunktet skulle han blant annet overta visse agenturrettigheter idet han skulle etablere egen virksomhet. Seks dager senere ble han gitt avskjed, og selskapet hevet avtalen om overtagelse av agenturrettighetene. Bakgrunnen for avskjedigelsen var at daglig leder hadde kontaktet flere av medarbeiderne for å få de med seg over i den virksomheten han selv skulle etablere. Av de kontaktede var også to nøkkelpersoner som var helt sentrale i firmaets salgsavdeling. Retten fant det bevist at daglig leder hadde forsøkt å overtale ansatte til å forlate selskapet og begynne i sitt nye firma. Dette innebar brudd på lojalitetsplikten i arbeidsforhold, og ga grunnlag for avskjed.

Ut fra disse avgjørelsene skal det svært lite til før rekrutteringsfremstøt fra ansatte anses stridende mot den lojalitetsplikt som foreligger i arbeidsforhold. Dersom en arbeidstaker ønsker å starte egen eller gå over til ny virksomhet, er det begrenset hva vedkommende kan foreta av aktivitet i retning av å få med seg kollegaer. Illojal opptreden vil for eksempel foreligge hvor en ansatt retter flere henvendelser til arbeidskollegaer for å få disse til å si opp sine stillinger hos arbeidsgiver. Selv forespørsel til én arbeidskollega kan anses illojalt overfor arbeidsgiver. Også fra sistnevnte dom fra Oslo byrett kan man utlede at et sentralt moment vil være i hvilken grad den ansatte forsøker å overtale de aktuelle medarbeiderne til å si opp sin stilling hos arbeidsgiver. Forhold som gjentatte henvendelser, separate informasjonsmøter samt utøvelse av press eller bruk av løkkemidler vil blant annet være momenter som taler for at den ansatte har utøvd for stor grad av aktivitet i retning av å overtale de medansatte til å slutte.

Saker om illojal rekruttering fra ansatte under ansettelses- eller oppsigelsesperioden har også vært oppe for NKU. I disse sakene er det forholdet mellom arbeidsgiver og den ansatte som daglig leder e.l. i nytt konkurrerende firma som vurderes. Dette selv om de illojale handlinger er foretatt av en ansatt under ansettelses- eller oppsigelsesperioden. NKU forholder seg således til bestemmelsen om god forretningsskikk, selv om lojalitetsplikten i arbeidsforhold også kommer til anvendelse. Dette kan forklares ut fra de vedtekter utvalget har å forholde seg til. Av vedtektenes § 1 fremgår at NKU kun gir uttalelser om anvendelsen av bestemmelsene i markedsføringsloven. Noen av uttalelsene fra NKU behandles imidlertid under dette punkt idet det er tale om handlinger foretatt av ansatte under deres ansettelsesperiode. I de tilfeller NKU konstaterer brudd på god forretningsskikk ligger det således til grunn kritikkverdige handlinger foretatt av den ansatte som er i strid med lojalitetsplikten. Selv om forholdet vurderes etter mfl § 1 kan man slå fast at den aktuelle rekrutteringshandling strider mot lojalitetsplikten i arbeidsforhold.

NKU sak nr. 5/1986 gjaldt en ansatt som var disponent ved kosmetikkdivisjonen til Norske Hoechst AS. Samarbeidet mellom den ansatte og direktøren av firmaet var mindre godt helt fra begynnelsen av, og den ansatte fratrådte sin stilling og gikk over til ny stilling i eget konkurrerende firma. Under oppsigelsestiden ble det kjent at den ansatte hadde forsøkt å verve vesentlige deler av firmaets salgsguppe, i alt åtte personer, med henblikk på at disse skulle si opp sine stillinger og begynne i hans nye firma. Den ansatte hadde under oppsigelsestiden sendt ut et vervingsbrev til medarbeiderne med løfter om bedre betingelser og arbeidsforhold. Sammen med brevet fulgte en ferdig utfylt ansettelseskontrakt til underskrift. Videre inneholdt brevet nedsettende omtale av firmaet generelt, samt direktøren som blant annet ble omtalt som psykopat.

Utvalget fant at den ansatte allerede før han sendte brev til sine medarbeidere med tilbud om stilling i det nye firmaet, hadde forbrutt seg mot de retningslinjer som foreligger for god forretningsskikk. Det ble videre uttalt at ”man kan vantrives i en jobb og mislike sin

sjef. Man har da mulighet for å si opp sin stilling og begynne i konkurrerende virksomhet. Men brev at det innhold som ble sendt 17.10.1985 med forsøk på i oppsigelsestiden å verve klagers selgere, kan på ingen måte forsvares”. Et enstemmig utvalg fant forholdet i strid med markedsføringslovens § 1 vedrørende god forretningsskikk.

I saken ble det lagt vekt på flere forhold i tillegg til selve rekrutteringsforsøket. Den ansatte hadde kommet med nedsettende og usann omtale av firmaet og direktøren. Videre fremgikk det av brevet at han hadde benyttet seg av konfidensielle budsjettall fra firmaet i opplegget for hans nye virksomhet. Dersom man kun ser på rekrutteringsfremstøtet, er det mye som taler for at dette isolert sett var tilstrekkelig til å konstatere brudd på lojalitetsplikten. Den ansatte hadde henvendt seg til en vesentlig del av firmaets salgsguppe med oppfordring om å slutte hos arbeidsgiver og ta stilling i hans nye firma, og sammen med brevet fulgte ferdig utfylt ansettelseskontrakt. Man kan her legge til grunn at vedkommende har gått altfor aktivt ut for å folk til å slutte hos arbeidsgiveren, og således opptrådt i strid med lojalitetsplikten, jfr. NAD 1987 s. 629. På den annen siden er det vanskelig å ikke se rekrutteringen i sammenheng de andre kritikkverdige forhold i saken, slik at man ut fra en helhetsvurdering vurderer forholdet som stridende mot god forretningsskikk. Jeg er imidlertid tilbøyelig til å karakterisere rekrutteringshandlingen som illojal i seg selv. Handlingen representerte en aktiv og direkte rekruttering som klart var i strid med arbeidsgivers interesser.

Et annet forhold man kan utlede fra saken er at også forsøkshandlinger kan anses stridende mot lojalitetsplikten. Fire av de åtte medarbeiderne som ble kontaktet av den ansatte leverte oppsigelse til sin arbeidsgiver, og de øvrige ga også uttrykk for at de ville slutte. Etter store oppofrelse lyktes det imidlertid firmaet å beholde alle sine selgere. Til tross for at den ansatte ikke fikk med seg noen av medarbeiderne over til det nye firmaet, ble hans handlinger karakterisert som stridende mot mfl § 1. Man behøver således ikke å lykkes med rekrutteringsfremstøtet for at handlingen skal kunne anses illojal. Reelle hensyn taler klart for et slikt resultat i det forsøkshandlinger på lik linje med vellykkede rekrutteringsfremstøt kan få negative konsekvenser for arbeidsgiver. Mye av skaden vil være skjedd i og med

forsøket. Den ansatte har opptrådt kritikkverdig overfor arbeidsgiver slik at den tillitt som forutsettes mellom partene vil være borte. Videre bør man ha mulighet for å slå ned på illojale rekrutteringsforsøk før det lykkes den ansatte å få med seg medarbeiderne over til ny virksomhet.

Som i ovennevnte sak vil det i mange tilfeller foreligge flere kritikkverdige handlinger fra den ansattes side overfor arbeidsgiver. Det vil da gjerne være et spørsmål om disse etter en samlet vurdering kan anses illojale. I slike saker vil det ofte ikke gis klare føringer i rettens premisser for grensene for illojal rekruttering, da det som oftest foretas en helhetsvurdering. Rekrutteringen vil her være ett av flere momenter som inngår i vurderingen av om man karakterisere forholdet som illojalt. Av denne grunn kan det hende at handlingene isolert sett ikke representerer noe brudd på lojalitetsplikten, men at det samlet sett foreligger en rekke grove handlinger som finnes illojale. På den annen side vil også slike saker være relevante idet de gir en pekepinn på hvor grensene går. Videre kommer retten eller NKU gjerne med uttalelser som direkte retter seg mot rekrutteringsfremstøtet.

I NAD 1988-1227, som er en dom fra Bergen byrett av 18.november 1988, var problemstillingen for retten om avskjedigelse av administrerende direktør var rettmessig etter arbeidsmiljøloven. Adm. direktør sa opp sin stilling i selskapet med en seks måneders oppsigelsesfrist. Under oppsigelsesperioden hadde han foretatt flere påståtte illojale handlinger, deriblant deltatt i planlegging og stiftelse av et konkurrerende selskap sammen med flere andre personer i selskapets ledelse. Videre forsøkte direktøren å trekke arbeidstakere ut av firmaet og over til den nye virksomheten. Det forelå således flere kritikkverdige handlinger. Retten fant disse så graverende at de i all fall samlet måtte anses som et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen den ansatte hadde med sin arbeidsgiver.

Retten la til grunn at administrerende direktør i oppsigelsesperioden hadde prøvd å overtale produksjefen i firmaet til å si opp sin stilling og bli med over i det nye firmaet. Produksjefen hadde opprinnelig bestemt seg for å gå sammen med de øvrige inn i det nye

firmaet, men reagerte imidlertid på den fremgangsmåten som ble benyttet og bestemte seg derfor å bli værende hos tidligere arbeidsgiver. Direktøren ringte da til produksjefen og prøvde å få ham til å ombestemme seg. Retten kom til at det forelå en direkte pågang om overgang til den nye virksomheten fra direktørens side og at dette i seg selv representerte en illojal opptreden overfor arbeidsgiver.

I denne saken ser man tydelig at graden av aktivitet/overtalelse vil være av avgjørende betydning for om rekrutteringshandlinger anses illojale. Ved de gjentatte henvendelser opptrådte direktøren altfor aktivt i forhold til det man lovlig kan tillate seg ved overgang til nytt firma. Det faktum at det var direktøren i selskapet som foretok de aktuelle rekrutteringshandlingene var også et moment av betydning i saken. Som tidligere nevnt har ansatte i ledende stillinger en strengere plikt til å ivareta arbeidsgivers interesser. Dette fremgår blant annet av Oslo tingretts dom av 12. februar 2007 hvor det uttales at det ”foreligger en generell lojalitetsplikt i alle ansettelsesforhold og denne lojalitetsplikten er antatt å være særlig streng for ledende ansatte”. Om man har å gjøre med personer i ledende stillinger, vil følgelig være et moment i skjerpende retning ved vurderingen av om lojalitetsplikten i arbeidsforhold er overtrådt.

I NKU sak nr. 4/1988 hadde den ansatte i forbindelse med etablering av konkurrerende virksomhet, for det første forsøkt å verve en kollega til sitt nye firma. Han hadde i tillegg tatt kontakt med hovedsamarbeidspartneren til arbeidsgiver, inngått kontrakt med denne på vegne av sin nye virksomhet og hemmeligholdt dette forholdet for arbeidsgiver. Selv om det forelå en rekke kritikkverdige handlinger fra den ansattes side som samlet sett var illojale, kom NKU med en konkret uttalelse vedrørende rekrutteringen. NKU uttalte at det ”må anses klart i strid med god forretningsskikk når innklagede forsøker å verve medarbeidere til sitt nye firma mens ansettelsen hos klager ennå består”. Det legges her til grunn at rekruttering av medarbeidere mens man er ansatt hos arbeidsgiver i utgangspunktet er å anse som et brudd på god forretningsskikk. I likhet med den rettspraksis som foreligger skal det svært lite til før NKU karakterisere rekrutteringsfremstøt fra arbeidstakere som illojalt, slik at den ansattes nye firma kan hodes

ansvarlig etter mfl § 1. Avgjørende synes å være at man i ansettelsesperioden har en sterk lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver, slik at rekrutteringsfremstøt mens man er ansatt i seg selv vil være å anse som illojalt. Rekrutteringen bør imidlertid representere en viss grad av aktivitet for at den skal anses illojal, jfr. ovenfor.

I de ovennevnte avgjørelser og uttalelser konstateres brudd på lojalitetsplikten i arbeidsforhold ut fra en helhetsvurdering av flere foretatte illojale handlingene. Visse holdepunkter kan man imidlertid utlede med tanke på rekrutteringshandlingene isolert sett. Fellesnevneren som går igjen i eksemplene fra praksis er at aktiv rekruttering mens ansettelsesforholdet består, karakteriseres som illojalt. Om forholdet anses som et brudd på lojalitetsplikten overfor arbeidsgiver, vil særlig bero på grovheten av handlingen og hvor aktivt man har gått til verks for å få medarbeiderne til å si opp sine eksisterende stillinger. Domstolene samt NKU er raske til konstaterer brudd på lojalitetsplikten ved rekruttering av medarbeidere i motsetning til hva som gjelder for næringsdrivende som omtalt i punkt 2.3 ovenfor. Utenforstående tredjemenn kan fremlegge tilbud og ta kontakt med personer som allerede innehar en stilling i et firma uten at dette i seg selv anses illojalt. Hvor ansatte foretar tilsvarende handlinger vil det som oftest karakteriseres som illojalt på grunn av den strenge lojalitetsplikt man har overfor arbeidsgiver så lenge arbeidsforholdet består.

### 3.3.3 Oppsummering

Det fremgår av drøftelsen at det skal svært lite til for å karakterisere rekruttering og rekrutteringsforsøk av medarbeidere som illojalt i de tilfeller den ansatte fremdeles er underlagt et ansettelsesforhold. Forsøk på å få arbeidskollegaer til å si opp sin stilling hos arbeidsgiver vil innebære brudd på lojalitetsplikten. Denne begrensede handlefriheten må ses i sammenheng med hva rekrutteringshandlingen representerer i forhold til arbeidsgiver. Ved rekrutteringsfremstøtet setter den ansatte til side hensynet til arbeidsgiver og søker å fremme egne næringsinteresser. Et ansettelsesforhold innebærer at ansatte lojalt må fremme arbeidsgivers interesser, og det selv om det går på bekostning av ens egne næringsinteresser. Det er klart at handlinger som rekrutteringsforsøk ikke gagnar arbeidsgiver, men tvert om kan være til skade idet arbeidsgiver risikerer å miste en eller



flere av de ansatte. Lojalitetsplikten tilsier en begrenset handlefrihet for de ansatte i forhold til handlinger som kan slå negativt ut for arbeidsgiver. Det er derfor naturlig at handlinger i form av rekrutteringsfremstøt representerer et brudd på lojalitetsplikten i arbeidsforhold.

Avgjørende for om det foreligger opptreden i strid med lojalitetsplikten vil være hvor aktivt den ansatte går ut med tanke på å få medarbeidere til å bli med over til den nye virksomheten. En viss handlefrihet må de ansatte innrømmes før en karakteriserer opptreden som illojal. Enhver henvendelse til medarbeidere vil således ikke innebære brudd på lojalitetsplikten. Det må foretas en helhetsvurdering hvor momenter av betydning blant annet vil være den ansattes stilling i virksomheten, hvem og hvor mange som forsøkes rekruttert, og særlig om rekrutteringshandlingen innebærer et direkte forsøk på overtalelse eller inneholder elementer av press. Hvor den ansatte i tillegg til rekrutteringshandlingen har kommet med usanne opplysninger om for eksempel arbeidsgivers økonomiske situasjon, lokkemidler, eller foretatt andre kritikkverdige handlinger, vil det lett konstateres brudd på lojalitetsplikten som også gir grunnlag for avskjedigelse.

### 3.4 Konsekvenser av opptreden i strid med lojalitetsplikten i arbeidsforhold

Opptreden i strid med lojalitetsplikten vil etter omstendighetene kunne medføre advarsel, omplassering, suspensjon eller oppsigelse. I de tilfeller arbeidsgiver har lidt økonomisk tap kan også erstatning kreves. Mest aktuelt er imidlertid avskjed. Ved avskjedigelse heves arbeidskontrakten og den ansatte må forlate arbeidsplassen umiddelbart. For at arbeidsgiver skal kunne gå til avskjed av en ansatt, må vedkommende ha gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold, jfr. aml § 15-14. Avskjed vil kunne benyttes i de tilfeller misligholdet er av en slik art at det er nødvendig med en umiddelbar og sterk reaksjon. Hvor ansatte foretar illojal rekruttering av medansatte, vil det gjerne foreligge grovt pliktbrudd eller mislighold som kan medføre avskjed etter aml. § 15-14. Illojal opptreden undergraver tillitten til den ansatte, og i slike tilfeller er det lite ønskelig å ha vedkommende på arbeidsplassen.

Eksempel på illojal rekruttering som ga grunnlag for avskjed finner man i NAD 1988 s. 365. Den ansatte hadde her søkt å overtale medarbeidere til å begynne i hans nye firma. Retten fant at han på denne måten hadde gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd overfor arbeidsgiveren, og den avskjed som ble meddelt den ansatte var å anse som rettmessig. Illojal opptreden innebærer imidlertid ikke at det automatisk foreligger grunnlag for avskjedigelse, jfr. NAD 1987 s. 629. Arbeidsgiver må derfor være varsom med å gå til avskjed hvor det er tvil om vilkårene i aml. § 15-14 er oppfylt. Ved urettmessig avskjed kan den ansatte kreve avskjeden kjent ugyldig. Videre kan den ansatte kreve erstatning for det økonomiske tap han har lidt, samt oppreisning etter § 15-12.

Hvor den ansatte har etablert egen konkurrerende virksomhet, vil virksomheten kunne holdes erstatningsansvarlig for de illojale handlinger den ansatte har foretatt under ansettelsesforholdet. Dette fremgår blant annet av de nevnte NKU uttalelsene. Det vil da foreligge identifikasjon mellom den ansatte som har foretatt de illojale handlinger, og det selskapet han nå driver som høster godene av de illojale handlinger. Forutsetningen for å kunne gå på begge parter, er at selskapet i det minste har vært klar over de illojale handlinger fra den ansattes side og i ettertid utnytter fordelen oppstått ved handlingen. Hvor den ansatte har etablert konkurrerende virksomhet, vil han som regel være daglig leder eller inneha annen høytstående stilling i selskapet. Av denne grunn vil det foreligge identifikasjon mellom selskapet og privatpersonen, slik at de begge anses ansvarlige for de foretatte handlinger. Som eksempel kan nevnes Rt 1990 s. 607 hvor et firma ble funnet solidarisk ansvarlig med enkeltpersoner på grunn av utnyttelse av konkurransefordel som skyldtes illojal opptreden overfor tidligere arbeidsgiver fra firmaets majoritetsaksjonærer. Eksempelvis også Gulating lagmannsretts dom av 3. juni 2005, hvor retten fant at det nystiftede selskap i strid med mfl § 1 hadde utnyttet en konkurransefordel som skyldtes illojal opptreden fra de ansattes side overfor tidligere arbeidsgiver. De ansatte hadde begge sentrale stillingen i det nystiftede selskap, og selskapet måtte derfor anses erstatningsansvarlig på lik linje med de ansatte.

## 4 Litteraturliste

### 4.1 Bøker, artikler m. v

- Askeland, Bjarte *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Cappelen Akademiske forlag, 2002
- Bernitz, Ulf *Immaterialrett og otilbørlig konkurrens*, Stockholm, 2004
- Dege, Jan T. *Arbeidsgivers styringsrett bind III*, Minerva AS og Dege & Co Advokatfirma ANS 1997
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* 5 utg. ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, 2001
- Evensen, Harald *Konkurranseloven med kommentarer*, Ad Notam Gyldendal 1999
- Fougner, Jan *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*, Tano Aschehoug, 1999
- Gisle m.fl. *Jusleksikon*, Kunnskapsforlaget, 1999
- Gundersen/Bernitz *Norsk og Internasjonal markedsrett*, F.F. Gundersen og Märknädsförlaget AB, 1977
- Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten* 4 utg. N.W DAMM & SØN, 2006
- Knoph, Ragnar *Åndsretten*, Oslo nationaltrykkeriet, 1936
- Lunde, Tore *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Fagbokforlaget, 2001
- Løchen/Grimstad *Markedsføringsloven* 6. utg. Tano Aschehoug, 1997
- Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Universitetsforlaget, 1999
- Jussens Venner s 313 hefte 5/6, 1996: Særbø, Rune *Generalklausulene i formuesrettslovgivningen i et rettskildeperspektiv*
- LoR nr.2 – 2000 s. 67 flg. Borch/Fougner *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*
- LoR nr. 10 – 2001 s 610 flg: Mestad, Ingvald *Erstatning ved krenkelse av markedsføringslovens bestemmelser til vern om immaterielle verdier*

## 4.2 Lover

- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4
- 1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26
- 1972 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) av 16. juni 1972 nr. 47
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62

## 4.3 Forarbeider

Ot.prp.nr. 57 (1971-72)

Innst. 1919

Innst. 1966 fra Konkurranselovkomiteen

Innst. O.XIXC (1971-72)

## 4.4 Praksis

Rettspraksis:

Rt 1964 s. 238

Rt 1966 s. 1401

Rt 1984 s. 258

Rt 1990 s. 607

Rt 1993 s. 300

Rt 1994 s. 1584

Rt 1997 s. 199

Rt 1998 s. 1315

LG-2004-14258

Asker og Bærum herredsretts dom av 11. april 1984 (NAD 1986-189)

Kristiansand namsretts kjennelse av 7. juli 1986 (NAD 1986-672)

Oslo byretts dom av 17. juni 1987 (NAD 1987-629)

Bergen byretts dom av 18. november 1988 (NAD 1988-1227)

Oslo byretts dom av 12. februar 1988 (NAD 1988-365)

Stavanger tingretts dom av 21. januar 2005

Oslo tingretts dom av 1. mars 2007

NKU praksis:

NKU sak nr. 11/1970

NKU sak nr. 8/1984

NKU sak nr. 5/1986

NKU sak nr. 4/1988

NKU sak nr. 1/1990